

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



Universidade Estadual
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.19, N.1 - jun.2015

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Profa. Dra. Berenice Quinzani Jordão

VICE-REITOR

Prof. Dr. Ludoviko Carnasciali dos Santos

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^ª Dr^a Maria Helena Pelegrinelli Fungaro

Diretora de Pesquisa: Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Diretor: Prof. Ms. Azenil Staviski

Vice-Diretor: Prof. Ms. Carlos José Cogo Milanez

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Profa. Dra. Miguel Miguel Etinger de Araujo Junior

Vice-Coodenador: Prof. Dr. Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade semestral a partir de 2011.

Descrição baseada em: Vol. 15, N. 1 (Jan./Jun. 2011).

ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos
artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open
Access Journals) - LATINDEX - vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de
Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) -
Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha)
- LivRe (Brasil) - RCAAAP (Portugal).

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.19, N.1 - jun.2015

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor

Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Wilson Engelmann (UNISINOS/RS)

Fernando Faccury Scaff (UFPA)

Irene Patrícia Nohara – Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP)

Luis María Chamorro Coronado – Rey Juan Carlos, Madrid Espanha

Cláudio Ladeira de Oliveira (UnB/DF)

Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (UNIMAR/SP)

Sérgio Alves Gomes (UEL/PR)

Luiz Fernando Belinetti (UEL/PR)

Luiz Otávio Pimental (UFSC/SC)

Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)

Assessoria Técnica:

Flavia Fernandes Alfaro Curti, Glaucia Cardoso Teixeira Torres, Heliane Miyuki Miazaki,

Juliana Carvalho Tyminski, Laudicena de Fátima Ribeiro, Marlon Roberth de Sales,

Neide Maria Jardinette Zaninelli

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Adreana Dulcina Platt (UEL/PR)

Adriana Silva Maillart (UNINOVE/SP)

Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga (PUC/SP)

Antônio Márcio da Cunha Guimarães (PUC/SP)

Bruno Amaro Lacerda (UFJF/MG)

Eder Fernandes Monica (UFF/RJ)

Edna Raquel Hogemann (UFRJ/RJ)

Eloi Martins Senhora (UFRR/RR)

Gisele Pereira Jorge Leite (UVA/RJ)

Helvécio Damis Oliveira Cunha (UFU/MG)

Hugo de Brito Machado Segundo (UFC/CE)

Lourival Oliveira (UNIMAR/SP)

Irene Patrícia Nohara (UNINOVE/SP)

Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR/SP)

Margareth Vets Zaganelli (UFES/ES)

Marialice Antão de Oliveira Dias (FARO/RO)

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
(UNICURITIBA/PR)

Regina Célia Martinez (FMU/SP)

Roberto Wagner Marquesi (UEL/PR)

Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)

Ricardo Soares Stersi dos Santos (UFSC/SC)

Sônia Kanashiro Tanaka (Mackenzie/SP)

Stefania Eugenia Francesca Barichello (University of
London)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

*A partir de julho de 2014 a revista encontra-se disponível somente
na versão virtual*

Sumário | Contents

Editorial	7
Pagamento por serviços ambientais (PSA) e a racionalidade ambiental: aproximações	9
PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES (PES) AND ENVIRONMENTAL RATIONALITY: APPROXIMATIONS	
<i>Cristiane Derani e Natália Jodas</i>	
Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado	29
REGULATION OF ECONOMIC ACTIVITY IN DISSOLUTION OF BORDERS BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE	
<i>Irene Patrícia Nohara</i>	
Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras	47
INTERPRETATION OF CONTRACT, INTERPRETATION OF THE LAW AND QUALIFICATION: OVERCOMING BARRIERS	
<i>Carlos Nelson de Paula Konder</i>	
A responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho brasileiro	63
THE PRE-CONTRACTUAL LIABILITY IN BRAZILIAN LABOR LAW	
<i>Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Juliano Gianechini Fernandes</i>	
A adequação da relação médico-paciente aos requisitos de validade do negócio jurídico: a relação médico-paciente como fenômeno jurídico	83
THE ADEQUACY OF DOCTOR PATIENT THE RELATIONSHIP TO THE REQUIREMENTS OF VALIDITY OF THE LEGAL TRANSACTION: THE DOCTOR PATIENT RELATIONSHIP AS LEGAL PHENOMENON	
<i>Silvio Romero Beltrão</i>	
A utilização da cultura como instrumento de desenvolvimento econômico e o papel da educação ambiental	105
USE OF CULTURE AS ECONOMIC DEVELOPMENT TOOL AND THE ROLE OF ENVIRONMENTAL EDUCATION	
<i>Dionis Mauri Penning Blank e Claire Morrone Parfitt</i>	

Interpretação sistêmica e a possibilidade de recuperação judicial para as sociedades em comum	125
SYSTEMIC INTERPRETATION AND THE POSSIBILITY OF JUDICIAL RECOVERY FOR SOCIETIES IN COMMON	
<i>Juliana Hinterlang dos Santos Costa e Marlene Kempfer</i>	
A proporcionalidade como limite jurídico ao direito negocial	149
THE PROPORTIONALITY AS LEGAL LIMIT TO BUSINESS LAW	
<i>Lucas Augusto da Silva Zolet e Fausto Santos de Moraes</i>	
Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor	167
FREE ENTERPRISE AND CONFIDENCE IN RELATION COMPANY AND CONSUMER	
<i>Glauca Cardoso Teixeira Torres e Tânia Lobo Muniz</i>	
Micro e pequenas empresas contratadas do terceiro setor contratante de obras e serviços públicos	185
MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN THEIR CONTRACTS WITH THE THIRD SECTOR RESPONSIBLE FOR PUBLIC SERVICES	
<i>Daniela Juliano Silva e Napoleão Miranda</i>	
RESENHAS / REVIEWS	
A responsabilidade civil do estado por planos econômicos	205
CIVIL LIABILITY OF STATE FOR ECONOMIC PLANS	
<i>Marlon Roberth Sales</i>	
O mistério do fracasso legal: por que a lei de propriedade não funciona fora do Ocidente	208
THE MYSTERY OF LEGAL FAILURE: WHY PROPERTY LAW DOES NOT WORK OUTSIDE THE WEST	
<i>Isabela Cararo Lopes</i>	
INSTRUÇÕES AOS AUTORES	211
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Nesse novo número, a Scientia Iuris celebra o resultado da seriedade e comprometimento de sua equipe e colaboradores na busca pela qualidade na sua publicação e, na trajetória da excelência, acentua a exogenia, tanto dos trabalhos quanto da avaliação.

Publicar uma revista é ato complexo que envolve desde a recepção e seleção dos trabalhos – o que passa pela colaboração criteriosa dos pareceristas-, até a revisão, diagramação e editoração. Em uma instituição pública os desafios se multiplicam, mas o empenho e a dedicação dos envolvidos proporcionaram a realização de mais um volume para contribuir com a pesquisa e a difusão do conhecimento.

Esses objetivos jamais seriam cumpridos se não pudéssemos contar com a participação de nossos articulistas e colaboradores, cuja pesquisa, inteligência e generosidade, nos permitem a publicação e socialização do conhecimento jurídico, estimulando e promovendo o conhecimento de temas jurídicos relevantes relacionados ao direito negocial, sendo um meio de reflexão sobre os desafios e perspectivas do direito contemporâneo.

A todos que dedicam e dedicaram seus esforços à concretização da nossa revista, nossos agradecimentos.

Desejamos a todos que desfrutem do conhecimento compartilhado e convidamos a participarem conosco de nossos próximos números.

Boa leitura!
Conselho Editorial

Pagamento por serviços ambientais (PSA) e a racionalidade ambiental: aproximações

PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES (PES) AND ENVIRONMENTAL RATIONALITY: APPROXIMATIONS

* Cristiane Derani

** Natália Jodas

Resumo: O presente trabalho tem o propósito de investigar se o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), em determinados formatos e contextos de desenvolvimento, pode servir à construção de uma racionalidade ambiental (Enrique Leff). Desse modo, discute-se, inicialmente, os instrumentos econômicos estatais de gestão ambiental que visam corrigir as falhas do mercado para, na sequência, discorrer sobre os distintos padrões dos programas de PSA executados no Brasil. Questiona-se, nesse contexto, se o PSA estaria vinculado a uma política de valoração econômica da natureza ou se, em certos cenários, consistiria em incentivo econômico. Reflete-se, ao final, a possibilidade de aproximação do PSA às concepções de uma racionalidade ecológica, a partir de pressupostos edificados ao longo da pesquisa. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica da literatura jurídica vinculada à temática, bem como a análise documental indireta, de relatórios institucionais produzidos por instituições públicas e privadas.

Palavras-chave: Instrumentos econômicos; Pagamento por serviços ambientais; Valoração ambiental; Incentivo economic; Racionalidade ambiental.

Abstract: This study aims to investigate if the Payment for Environmental Services (PES), in some formats and contexts of development, can help building environmental rationality (Leff). In this light, the initial of the essay are the economic instruments of environmental management aimed at correcting market failures. In sequence, the different patterns of PES programs in Brazil are analyzed. In this context, it is argued if PES is chained to a policy of environmental precification (in a monetary sense) or if PES is an economic incentive (positive sanction). Towards the end of the present article, it is argued about a possible approximation of PES and the concepts of ecological rationalization. The methodology used in this article is based in literature review and document analysis.

Keywords: Economic instruments; Payment for environmental services; Environmental evaluation; Economic incentive; Environmental rationality.

* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Estudos de doutorado (bolsa CNPq) na J.W.Goethe Universitaet, Frankfurt. Possui estágio pós-doutoral na Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris. Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Universidade Federal de Santa Catarina UFSC). Coordenadora do grupo de pesquisa Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no direito Internacional. Pesquisadora CNPq. E-mail: cristiane.derani@ufsc.br

** Meestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) da área de concentração Direito, Estado e Sociedade; linha de pesquisa Direito, Meio Ambiente e Ecologia Política. E-mail: najodas@gmail.com

INTRODUÇÃO

Ao longo da última década, os instrumentos econômicos de gestão e conservação do meio ambiente têm sido implementados em maior grau no Brasil. O aumento da densidade populacional somado à ocupação irregular urbana, à extensão das fronteiras agrícolas e ao uso descontrolado dos recursos naturais enfatizou, de certa forma, a falibilidade das ferramentas de comando e controle do Estado.

Os incentivos econômicos, como elementos integrantes da regulação ambiental estatal, foram delineados na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (artigo 16) e tiveram o escopo de reduzir os custos resultantes do cumprimento da legislação, baixar os encargos administrativos do setor público e influir na tomada de decisão e na conduta dos agentes econômicos por meio de estímulos.

O Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), tipologia econômica de gerência ambiental, propagou-se nas diferentes regiões do país, com a finalidade de “resolver” problemas específicos locais. Ainda que não haja um marco legal federal regulamentador do instituto, diversas são as experiências com o PSA e distintos os formatos e modelos do seu desenvolvimento.

Com a finalidade de realçar as peculiaridades e distinções existentes entre os programas de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) em execução no Brasil, a presente pesquisa sublinha a necessária diferenciação existente entre os projetos de PSA, de acordo com sua instituição idealizadora, provedores dos serviços ambientais (público-alvo), objeto, termos de compromissos, entre outros, para, mais à frente, desconstruir a crítica generalizada de que o instrumento seja um elemento do mercado desconstituído de vieses ecológicos.

Na primeira parte, discorre-se acerca dos instrumentos de regulação estatal criados para corrigir as constantes falhas do sistema econômico, destacando, de um lado, as ferramentas de comando e controle e, de outro, os aparelhos econômicos.

Na sequência, examina-se com maior profundidade o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), de modo a esmiuçar seus possíveis atores e agentes sociais, tipologias e características do instituto a depender do contexto e realidade abordados.

Elucidados aspectos da valoração econômica do meio ambiente, reflete-se, ao final, sobre a possibilidade de aproximação do PSA às concepções de uma racionalidade ambiental, tal como sustentado por Enrique Leff.

O trabalho utiliza como metodologia a revisão bibliográfica da literatura jurídica vinculada à Economia (Arthur Pigou e Ronald Coase) e ao Direito Ambiental, bem como a análise documental de relatórios institucionais produzidos por instituições públicas e privadas relacionadas aos programas de Pagamento por Serviços Ambientais.

1 INSTRUMENTOS ECONÔMICOS ESTATAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

1.1 A correção das falhas do mercado

Os instrumentos regulatórios sobre o uso da natureza ampliaram-se no âmbito dos Estados a partir da segunda metade do século XX, especificamente, com a publicação do Relatório de Meadows (1972) e a Conferência de Estocolmo (1972). Esses marcos internacionais foram propulsores de um novo sistema de controle ambiental, composto por normas, regulamentos e regras de conduta sobre o ambiente (MOTA, 2001, p. 124).

A necessidade de controle estatal sobre a utilização dos recursos naturais deveu-se, principalmente, à percepção da finitude dos ecossistemas terrestres, e, de outro lado, à assimilação direta dos efeitos adversos causados pelas atividades humanas aos biomas (poluição difusa, catástrofes naturais). O Direito Econômico procurou coadunar o sistema produtivo ao bem-estar social, e o Direito Ambiental dispôs-se a rever e redimensionar conceitos sobre a convivência das atividades sociais com a proteção da natureza, de modo que ambos elencaram a política econômica como sua fonte fundamental de atuação (DERANI, 1997, p. 71).

É certo que as atividades econômicas geram efeitos externos prejudiciais à sociedade (deseconomias externas negativas), e nem todos os custos socioambientais oriundos do processo produtivo são acoplados aos preços do produto final. O cálculo mercantil é incompleto, o que leva, segundo A. C. Pigou, a uma inevitável utilização subotimizada da natureza e, conseqüentemente, a uma perda de bem-estar (ALTVATER, 1995, p. 140).

O exemplo clássico da falha de mercado é a poluição causada na execução de determinado bem. Uma indústria que lança efluentes sobre um curso d' água, causando, conseqüentemente, a piora da qualidade da água e o aumento dos custos de tratamento do recurso pela coletividade, não compensa tais perdas, pois estas circulam à margem do mercado (NUSDEO, 2006, p. 359). A percepção equivocada de que os recursos ambientais sejam bens livres

destituídos de escassez contribui para seu uso excessivo e desmesurado, intensificando a crise ecológica do planeta.

Ensina Altvater (1995, p. 141-146):

Efeitos externos, contudo, desempenham algum papel apenas quando são sentidos e conhecidos pelos atores do mercado. Isto não acontece enquanto os efeitos da externalização de custos privados são “engolidos pelo bem coletivo” e, por isso, não aparecem no cálculo de custos de outros agentes privados. [...] Nesses termos, a capacidade de sentir e conhecer os efeitos externos tem a ver com o modo de percepção das transformações da natureza. [...]. Precisamos nos dedicar em primeiro lugar às externalizações negativas (sobretudo os prejuízos ao ambiente natural), às deseconomias externas.

Embutir os “custos sociais” na cadeia produtiva significa refletir sobre uma variedade de despesas. De fato, os “custos sociais” envolvem todas as perdas diretas e indiretas sofridas por terceiros e pelo público geral por consequência das atividades privadas de mercado. As perdas sociais podem implicar danos à saúde humana, a destruição ou deterioração dos valores da propriedade e a diminuição do patrimônio natural (KAPP, 1950, p. 13).

Nesse caminho, as concepções defendidas pelos economistas liberais clássicos passam a ser debatidas pelas teorias de Arthur C. Pigou (1959) (*The Economics of Welfare* – 1920) e Ronald H. Coase (1960), as quais propuseram a correção das externalidades negativas (“custos sociais”) na esfera econômica, ainda que em formatos distintos. O primeiro sustentou a atuação do Estado na economia, com vistas a corrigir o desequilíbrio do mercado em relação à utilização dos ecossistemas (tributos/ “imposto pigouviano”) e para que o Poder Público pudesse “agir subsidiariamente com os custos dos efeitos externos.” (DERANI, 1997, p. 112).

Por outro viés, o segundo economista, mais liberal, advogou que a negociação entre os agentes econômicos, concorrentes pelo mesmo recurso natural, levaria a um nível ótimo de emissão de externalidades, consolidado por meio de acordos de internalização. O teorema de Coase entende que todos os bens podem ser objeto de apropriação privada (*property rights*), sobre os quais recairia a exclusividade de uso e a trasmutabilidade dos bens ambientais (MONTERO, 2011, p. 101).

As ideias de Pigou e Coase colaboraram à inserção dos aspectos sociais e ecológicos no âmbito das ciências econômicas. Por essa razão, pode-se afirmar que as teses construídas por estes doutrinadores cooperaram à evolução dos

mecanismos e instrumentos de gestão ambiental utilizados pelas nações na atualidade.

1.2 Instrumentos regulatórios em matéria ambiental

Os efeitos nocivos decorrentes da depreciação dos biomas naturais acarretaram a necessidade de intervenção estatal nas relações econômicas, com vistas a corrigir as falhas e disparidades provocadas à coletividade. Por esta razão, as políticas públicas ambientais têm a finalidade de induzir a internalização das externalidades ambientais (negativas ou positivas) pelos agentes econômicos (MONTEIRO, 2011, p. 110).

O Estado assume o papel de regulador das atividades capitalistas para enfrentar os problemas ambientais oriundos das mesmas. Aragão (2004, p.37) elucida que:

[...] regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Durante as décadas de 70 e 80, o sistema de comando e controle, isto é, as medidas de planificação e de punição estatais foram predominantes nas políticas internas dos países (FOLADORI, 2001, p. 144). A estrutura de comando e controle baseia-se na imposição de *standards*, limites, padrões e proibições sobre as ações consideradas lesivas ao meio ambiente.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (art. 225) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA) – Lei nº. 6.938/1981 –, destacam-se, entre a vasta legislação ambiental, por aventarem pioneiramente as diretrizes, princípios e parâmetros sobre o uso sustentável do ambiente. Nesse caso, sublinha-se a exigência de licenças e autorizações ambientais para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais (art. 10, LPNMA); a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental (EPIA-RIMA) para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV, CF); o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental (art. 9º, I, LPNMA); o zoneamento ambiental (art. 9º, II, LPNMA), entre outros.

É válido registrar que os mecanismos de comando e controle possuem deficiências, sem as quais as ferramentas econômicas de regulação não teriam espaço para existir. Nesse particular, aponta-se o elevado custo administrativo das autoridades governamentais no monitoramento do cumprimento das obrigações e deveres estabelecidos nas normativas ambientais e o risco de fomentar-se um “mercado” de corrupção (CAMPOS, 2011, p. 292).

De outra banda, os instrumentos econômicos passam a ser introduzidos nas plataformas políticas a partir dos anos 90. A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente (Rio 92) delineou no seu artigo 16 as linhas do princípio do poluidor pagador, estimulando, conjuntamente, a utilização das ferramentas econômicas, a saber:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

O objetivo dos mecanismos econômicos é “incentivar aqueles que ajudam a conservar ou produzir serviços ambientais a conduzirem práticas cada vez mais adequadas que assegurem a conservação e a restauração dos ecossistemas” (MMA, 2014). Nessa categoria situam-se as medidas de apoio ou ajudas financeiras, os sistemas de depósito/reembolso, a criação de mercados e tributos (MONTEIRO, 2011, p. 118).

Os instrumentos econômicos atuam por meio de um sistema de incentivos e desincentivos, econômicos ou fiscais, estabelecendo vantagens ou impondo ônus (principalmente de caráter tributário) (MONTEIRO, 2011, p. 116). No território brasileiro, citam-se como meios econômicos de gerenciamento dos recursos naturais: a cobrança pelo uso da água (art. 5º, IV, Lei nº.9.433/1997); o ICMS ecológico (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – art. 155, II; 158, IV, CF/88); o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA – artigos 58, VIII e 41, I, da Lei nº.12.651/2012); Seguros Ambientais (art. 9º, XIII, Lei nº.6.938/1981); taxas florestais; concessão florestal (art. 9º, XIII, Lei nº.6.938/1981); servidão ambiental (art. XIII, Lei nº.6.938/1981); royalties, entre outros.

As vantagens atribuídas aos instrumentos econômicos são a possibilidade de redução dos gastos decorrentes do cumprimento da legislação e dos encargos

administrativos do setor público, além de configurarem alternativa economicamente eficiente e ambientalmente eficaz a complementar as abordagens de comando e controle (CAMPOS, 2011, p. 296).

Enfatiza-se, noutra ótica, a crítica direcionada aos incentivos econômicos, no sentido de que estes ainda não foram comprovados pela experiência prática, sendo que seus objetivos podem ser eventualmente desvirtuados e tornarem-se contraditórios, trazendo, como consequência, a necessidade de controle governamental (CAMPOS, 2011, p. 296).

De certo modo, pode-se dizer que a implementação de apenas uma destas tipologias de ingerência estatal não parece ser suficiente a promover a tutela efetiva do bem ambiental.

No que diz respeito às ferramentas de controle, por exemplo, é sabido que a falta de estrutura e desamparo dos órgãos ambientais de fiscalização permitiram a ineficácia de importantes arcabouços legais, tais como o Código Florestal (antiga Lei nº.4.771/1965), a lei de crimes ambientais (Lei nº.9.605/1998), entre outros. A consequência acaba sendo o recorrente apelo aos Tribunais que, muitas vezes, não resguarda a devida proteção ao meio ambiente. Por outro lado, o emprego único e desmedido de instrumentos econômicos pode gerar suscetibilidade à lógica individualista e mecanicista da racionalidade mercadológica.

Em sendo assim, discorre-se, no tópico seguinte, sobre o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), espécie de instrumento econômico ecológico, com a finalidade de custurar, mais à frente, considerações sobre a aproximação de uma racionalidade ambiental a partir de determinados contextos.

2 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (PSA)

2.1 Conceito e características

Ao longo da última década, os instrumentos econômicos de gestão e conservação do meio ambiente têm sido implementados em maior grau no Brasil. O aumento da densidade populacional somado à ocupação irregular urbana, à extensão das fronteiras agrícolas e ao uso descontrolado dos recursos naturais realçou a incompletude das ferramentas de comando e controle do Estado.

O Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), tipologia econômica de gerência ambiental, propagou-se nas diferentes regiões do país de maneira inédita, com a finalidade de “resolver” problemas específicos locais. Ainda que não haja um marco legal federal regulamentador do instituto, diversas são as

experiências com o PSA e distintos os formatos e modelos do seu desenvolvimento.

Primeiramente, importa diferenciar os serviços ecossistêmicos dos ambientais. Os primeiros designam os serviços prestados pelos ecossistemas, a exemplo da purificação do ar, ciclo hidrológico, polinização, provisão de alimentos, regulação do clima, etc. Enquanto que os últimos são utilizados para denominar as atitudes ambientalmente desejáveis, ou seja, aquelas que contribuem para a concretização das externalidades positivas (ALTMANN, 2012, p. 307).

Em outras palavras: os serviços ecossistêmicos são os benefícios gerados pela natureza independentemente da atuação do homem. Ao passo que os serviços ambientais dizem respeito às iniciativas humanas que favorecem e fomentam a oferta dos serviços ecossistêmicos.

Os serviços ambientais prestados por um agricultor, por exemplo, figurar-se-iam por meio do cercamento e preservação de suas áreas protegidas (matas ciliares, nascentes, topos de morros), pelo não depósito de efluentes no curso d'água (esgoto, agrotóxicos) e pela implementação de boas práticas agrícolas. Consequentemente, a médio e longo prazo, a sociedade teria como resultado melhorias na qualidade das águas, do ar, dos alimentos, entre outros (serviços ecossistêmicos).

O princípio do protetor-recebedor é o fundamento máximo do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), em vista de que sua essência seja impulsionar condutas sustentáveis para que os comportamentos promovidos possam conservar e manter, indiretamente, os serviços ecossistêmicos almejados.

Assim, o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) pode ser definido como as “transações entre duas ou mais partes envolvendo a remuneração àqueles que promovem a conservação, recomposição, incremento ou manejo de áreas de vegetação considerada apta a fornecer certos serviços ambientais (NUSDEO, 2012, p. 69).” As metodologias ambientais empregadas variam conforme a realidade local e são determinantes a tornar efetiva a pretensão planejada.

O PSA tem como características o fato de que “os beneficiários dos serviços ambientais pagam, de maneira direta, contratual e condicionada aos proprietários e usuários locais por adotar práticas que assegurem a conservação e restauração dos ecossistemas.” (WUNDER, 2006, p. 1). Ressalta-se que o PSA deve ser necessariamente voluntário e não depende obrigatoriamente de um recebimento pecuniário, conforme esclarecem Waldman e Elias (2013, p. 56):

O pagamento não se restringe à pecúnia, mas pode envolver outros benefícios diversos como isenção fiscal (taxas e impostos), benfeitorias, acesso facilitado a mercados, programas especiais e concessão de linhas de crédito, disponibilização de tecnologia e capacitação.

Indicam-se como exemplos de transações voluntárias e não monetárias a construção de açudes, mudas de espécies frutíferas, insumos para a construção de galinheiros (LAVRATTI, 2014, p. 103), implementação de saneamento ambiental (biodigestores) (EXTREMA, 2010, p. 8), entre outros.

O PSA, desenvolvido pioneiramente na Costa Rica e em diversos países do continente americano, inverte a lógica até então prevalecente no sistema capitalista, já que o reforço está em otimizar e valorizar a paisagem natural, a biodiversidade, a qualidade da água, a regulação das chuvas, o controle das enchentes, recursos que, na ordem econômica, são tratados como inesgotáveis (IRIGARAY, 2004, p. 56).

2.2 Tipologias

Evidenciam-se, atualmente, quatro tipos de serviços ambientais estimulados nos programas de PSA, sendo eles: a) Sequestro e armazenamento de carbono (pagamentos para o plantio e manutenção de árvores/promoção da neutralização do carbono); b) proteção da biodiversidade (incentivos para proteger e restaurar áreas para criação de corredores ecológicos); c) proteção de bacias hidrográficas (estímulos a servidores situados nas cabeceiras dos rios para que reduzam a deflorestação, a erosão do solo e os riscos de inundação, por meio da preservação das matas ciliares e topos de morros); d) beleza cênica (fomento ao turismo de observação de vidas silvestres) (WUNDER, 2006, p. 2).

Os programas de PSA podem partir de iniciativa pública, em que a instituição governamental ou unidade administrativa atua como compradora, intermediadora ou facilitadora dos serviços ambientais (WALDMAN; ELIAS, 2013, p. 56). Neste formato, o projeto depende de regulamentação normativa para viabilizar a destinação dos recursos orçamentários públicos. Nada impede que um projeto de PSA liderado e gerido pelo Estado seja suplementado por patrocínios advindos da iniciativa privada.

Da mesma maneira, os projetos de PSA podem ser criados e coordenados na esfera particular, tendo como compradores as empresas privadas, terceiros, doadores, organizações não-governamentais ou órgãos e agências de cooperação nacional e internacional (WALDMAN; ELIAS, 2013, p. 56).

Os provedores dos serviços ambientais, responsáveis pela promoção de mudanças de comportamento nos espaços geográficos, perfazem público variável, a depender da contrapartida (biodiversidade/bacia hidrográfica/sequestro de carbono/beleza cênica) previamente definida na transação voluntária. Assim, os provedores dos serviços ecológicos diversificam-se de acordo com o contexto do programa de PSA, podendo ser comunidades tradicionais, indígenas, pequenos e médios proprietários, ou mesmo grandes proprietários rurais.

2.3 Multiplicidade de formatos e experiências

Foi na década de 90 que emergiram as primeiras iniciativas de PSA. Países como a Costa Rica (1996), pioneira por possuir um sistema de taxação do consumo de gasolina e água, e, posteriormente, os Estados Unidos, Japão, México e Equador consolidaram práticas de PSA em seus territórios (WALDMAN; ELIAS, 2013, p. 54).

Sublinha-se que em 2005 o Comitê do Meio Ambiente, tocante à análise dos objetivos acordados na Cúpula do Milênio, debruçou-se à temática dos serviços ecossistêmicos (NUSDEO, 2014, p. 415). Na última década, tem sido recorrente a execução de políticas públicas voltadas à remuneração dos serviços ambientais prestados por distintos públicos.

Antes mesmo da aprovação de uma lei federal regulamentadora do instituto, alguns estados brasileiros capitanearam projetos de PSA em seus territórios. Até o final de 2010, pelo menos 7 (sete) entes federativos já haviam aprovado leis sobre a matéria, são eles: Amazonas, Acre, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, São Paulo e Santa Catarina (LAVRATTI, 2014, p. 17).

Esse quadro significativo e complexo de experiências demonstrou que os protótipos dos programas de PSA diversificaram-se entre os estados e, internamente, no âmbito dos municípios. Nesse ponto, a variabilidade das estruturas de PSA, mutáveis de acordo com a região e comunidades envolvidas, fez com que a doutrina e literatura jurídicas, em geral, construíssem de modo genérico a defesa e a crítica do instrumento. Na perspectiva de cotejar uma análise mais concreta sobre o instituto em apreço, colacionando-se os seus aspectos positivos e negativos no que se refere à qualidade ambiental e à mudança social, é relevante trazer à teoria jurídica elementos mais sólidos dessas vivências.

As diferentes combinações entre os objetos definidos no programa (serviços ambientais a serem ofertados) com os provedores da transação (público

alvo) são os principais aspectos distintivos entre os esquemas de PSA no Brasil. Não se pode analisar de forma igualitária um esquema de PSA de sequestro de carbono direcionado a grandes propriedades rurais com um PSA de preservação de bacias hidrográficas aplicado a agricultores familiares, por exemplo.

Em geral, os PSAs vinculados à estocagem de carbono (CO²) têm o predomínio de compradores privados e fornecedores de médio e grande porte (NUSDEO, 2012, p. 150), enquanto que os PSAs de conservação de águas e biodiversidade têm o Poder Público como comprador e as comunidades tradicionais e pequenos proprietários como provedores. Ainda assim, projetos de PSA com propostas ambientais semelhantes (por exemplo, preservação dos mananciais hídricos) podem apresentar abordagens e objetivos ecológicos distantes.

É certo que cada contexto de criação, contrato ou termo de compromisso, instituição idealizadora e viés propositivo são decisivos a proporcionar resultados ambientais significativos e permanentes, e melhores níveis de sensibilização ecológica junto dos atores envolvidos. Nesse sentido, relevante discutir se o PSA, em determinadas realidades, pode ser enquadrado como incentivo econômico e não como elemento de mercado, como difundido muitas vezes pela teoria econômica e ambiental.

3 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (PSA): INCENTIVOS ECONÔMICOS OU MERCADOS?

3.1 PSA e a Valorização Econômica Ambiental

A valoração econômica ambiental tem o escopo de examinar o valor econômico de um recurso ambiental por meio da determinação do que seja equivalente. Sua importância está em “estimar os custos sociais de se usar recursos ambientais escassos ou, ainda, incorporar os benefícios sociais advindos do uso desses recursos.” (ORTIZ, 2003, p. 82).

A valoração ambiental contribui à ideia de gestão e decisão sobre atividades, usos, obras e projetos que causem impactos à natureza. Esta tarefa está longe de ser fácil, já que seu exercício depende de dados e recursos disponíveis, de métodos de valoração adequados, entre outros fatores. A valoração financeira de um serviço ambiental encontra dificuldades de mensuração pela subjetividade dos parâmetros que os envolvem, posto que não seja palpável atribuir valores econômicos padronizados expressos em dinheiro a todas as funções do ecossistema (WALDMAN; ELIAS, 2013, p. 57).

As pretensões de atribuir valores monetários aos serviços e às perdas ambientais têm sua contribuição, porém, seu eixo principal deve ser, mais precisamente, o “desenvolvimento de indicadores e referências físicas de (in) sustentabilidade.” (ALIER, 2014, p. 45). Na verdade, a valoração econômica do ambiente serve para alimentar o debate sobre como “levar em conta a natureza” no círculo da economia.

No campo do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), respalda-se que, em muitos casos, o valor pago ao provedor pelo PSA não exprime o “custo” do serviço ecossistêmico (água, regulação do clima, purificação do ar, fixação do carbono, alimentação, recursos genéticos, entre outros), mas a quantia atinente à conduta induzida no ator social (provedor). Nesse raciocínio, Altmann (2012, p. 319):

O pagamento se dá, portanto, não pelo serviço ecossistêmico em si (provisão de água, ciclo hidrológico, fixação de carbono), mas pela conduta do agente que garante o fluxo do serviço ecossistêmico. Com isso, a externalidade positiva é internalizada pelo mercado. Isso decorre de uma razão óbvia: não se poderia pagar para o ecossistema. O pagamento somente é possível entre pessoas, físicas ou jurídicas. Por isso a doutrina aponta como **natureza jurídica do PSA a remuneração pela conduta de preservar** (grifo nosso).

A tarefa de balizar se as cifras que as instituições públicas ou privadas pagam aos serviços ambientais são baixos, justos ou altos não é simples, haja vista que o “custo ambiental não encontra valoração pecuniária correspondente, em razão de o pagamento estar direcionado a um bem intangível.” (SERRÔA DA MOTA apud WALDMAN; ELIAS, 2013, p. 57). Isso pode explicar o porquê de o montante atribuído nos programas de PSA ser variável de acordo com o local e tipologia.

A título de exemplo, o Projeto “Conservador das Águas” de Extrema/MG, pioneiro na publicação da lei regulamentadora de PSA (Lei municipal nº. 2.100/2005), utiliza como valor de referência 100 unidades fiscais de Extrema (UFEX) por hectare ano, o que corresponde a cerca de R\$152,00 hectares/ano (PADOVEZI; DIEDERICHSEN; VEIGA, 2011, p. 51). Enquanto que o “Projeto Oásis”, desenvolvido no município de Apucarana/PR e instituído pela Lei municipal nº. 058/2009, realiza o pagamento mensal aos proprietários rurais de acordo com a vazão da nascente, sendo atribuído o valor mensal de até 03 unidades fiscais do município para cada nascente preservada (art. 4º, §2º).

No caso de Extrema/MG, a valoração dos serviços ambientais utilizou como cálculo o *custo de oportunidade* da terra, ou seja, o ganho dos produtores rurais com o gado leiteiro, em vista de que a diminuição da área de pastagens (principal atividade econômica), em razão da proteção das matas ciliares e topos de morros, acarretou a diminuição das cabeças de gado e, conseqüentemente, na produção de leite (PADOVEZI; DIEDERICHSEN; VEIGA, 2011, p. 50).

Em Apucarana/PR, o Decreto Municipal nº. 076/2010 estabeleceu os valores a serem pagos aos proprietários dos imóveis urbanos e rurais enquadrados no Programa do “Projeto Oásis”, sendo que, quanto maior o índice de preservação ambiental do espaço privado (antes de adentrar ao projeto), maior o valor recebido em termos de PSA.

Verifica-se que, conforme o contexto do projeto de PSA, a valoração econômica ambiental pode auxiliar no processo de análise do custo de oportunidade, em termos de aferição não exercida pelo provedor do serviço ambiental. Nesse raciocínio, desmistifica-se, em certa medida, a crença de que o PSA venha a ser o principal instrumento de monetarização da natureza.

Com esse raciocínio, importa refletir se o instituto poderá, a depender da realidade e experiência local, aproximar-se de uma racionalidade ambiental.

3.2 Incentivos Econômicos e Racionalidade Ambiental: aproximações

Feitas breves elucidações sobre a multiplicidade dos desenhos de PSA no Brasil e a necessidade de a doutrina jurídica chegar-se concretamente às experiências locais, relevante indagar se, no âmbito de alguns programas existentes, o PSA poderia ser considerado um incentivo econômico vinculado a uma proposta de racionalidade ambiental.

A princípio, enfatiza-se que os modelos de PSA comandados ou necessariamente intermediados pelo Poder Público inclinam-se a melhor “controlar” a tendência econômica de criar-se demanda de serviços ambientais por meio da criação de mercados. No mesmo caminho, descreve Nusdeo (2012, p. 22):

A alteração da característica de bem público da preservação ambiental, embora decorrente da análise neoclássica, não implica necessariamente a criação de demanda pela prestação de serviços ambientais por meio da criação de mercados. A criação de títulos individuais representativos da conservação pode ser feita no âmbito até mesmo de programas públicos de pagamento a proprietários e posseiros pela conservação florestal. Assim, **deve-se evitar o**

equivoco de confundir o uso da análise da economia ambiental quanto à estrutura de incentivos para a preservação com os instrumentos jurídicos baseados em mercados sobre direitos decorrentes da preservação (grifo nosso).

São comuns os projetos em que a comunidade local (agricultores familiares/pequenos proprietários rurais/ indígenas/ quilombolas/ etc) recebe o PSA pela preservação das matas ciliares, reservas florestais e biodiversidade sem que haja concorrência entre seus semelhantes ou mesmo interesses na “venda” dos serviços ambientais prestados.

Dentre os aspectos distintivos do PSA em relação aos mercados, destaca-se o fato do serviço ambiental, na medida em que seja um bem público e coletivo, induzir que os beneficiários dessa provisão não paguem necessariamente pelos mesmos, circunstância alheia à lógica mercadológica. Noutro ponto, pode-se afirmar que os mercados pressupõem uma interação espontânea dos agentes compradores e fornecedores, “cujo objetivo principal seja a alocação eficiente de recursos para a produção de bens e serviços cuja necessidade é variável e sinalizada pelo mercado” (NUSDEO, 2012, p. 70), o que dificilmente se averigua no PSA.

Outro fator considerado decisivo nesta diferenciação é presença de alguma forma contratual, ainda que configurada num termo de compromisso, na esfera do PSA. A dependência de uma estrutura regulatória que incite as transações dos serviços ambientais, bem como a predominância de objetivos socioambientais e não de mera eficiência alocativa é definitiva na distinção com a política mercadológica (NUSDEO, 2012, p. 70).

Somado a isso, o fato de o comprador do serviço ambiental (Poder Público/ empresas privadas/outros) assumir a obrigação de promover os pagamentos nas quantias e periodicidade definidos e ter o direito de fiscalizar e monitorar continuamente a execução dos compromissos firmados demonstra traços nítidos da natureza jurídica das transações (NUSDEO, 2012, p. 71) e não de um mercado maduro e fechado.

Negado o viés mercadológico do PSA quando formatado em contextos em que o Estado incentiva diretamente a comunidade a promover hábitos e comportamentos produtivos mais conectados à preservação do meio ambiente, é razoável admitir que a associação do PSA à condução de boas práticas agrícolas, ao uso sustentável da terra, à sensibilização ecológica da comunidade envolvida para a preservação ecossistêmica e a orientação crítica sobre o modelo

agrícola hegemônico da atualidade (monoculturas/agrotóxicos) poderia representar um instrumento em busca de uma nova economia, rearticulada com a natureza.

Nesse quesito, um sistema de PSA que fomente a pluralidade, fortaleça a economia local e familiar e implemente um pensar ecológico capaz de modificar práticas prejudiciais aos biomas, certamente se aproxima de uma racionalidade esverdeada. Como defende Leff (2010, p. 32):

A nova economia deve basear-se em uma rearticulação entre cultura e natureza, ou seja, na capacidade criativa do ser humano, na produtividade cultural associada à produtividade ecológica do planeta e de cada um dos ecossistemas. Sobre essas bases será possível desarticular uma globalização uniforme, homogênea, guiada pela lei hegemônica do mercado, para construir outro processo civilizatório, fundado em uma diversidade de economias locais articuladas – que podem muito bem intercambiar excedentes econômicos –, fundamentadas nos princípios, valores e sentidos de uma racionalidade ambiental.

A concepção de PSA como ferramenta de preservação ambiental, especialmente de matas ciliares e biodiversidade, precisa contemplar uma percepção sistêmica, indispensável à construção da racionalidade ecológica. Por esse motivo, muitos dos programas em desenvolvimento no Brasil carecem de periódica revisão e incessante perseguição dos objetivos socioambientais, de modo a avançar na construção de uma possível racionalidade ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado utiliza-se de instrumentos de comando e controle (imposição de *standards*, limites, padrões e proibições), bem como de instrumentos econômicos (cobrança pelo uso da água; ICMS ecológico; Pagamento por Serviços Ambientais; seguros ambientais; concessão florestal; servidão ambiental; royalties; etc) com a finalidade de corrigir as distorções e injustiças socioambientais provocadas pelo mercado econômico. No Brasil, os instrumentos de regulação ambiental estão situados principalmente na Constituição Federal (art. 225) e Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº.6.938/1981).

Dentre os instrumentos econômicos, a pesquisa em comento destacou o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), espécie de transação voluntária que envolve a “remuneração daqueles que promovem a conservação,

recomposição, incremento ou manejo de áreas de vegetação considerada apta a fornecer certos serviços ambientais”. Nesse sentido, distinguiram-se os serviços ecossistêmicos dos ambientais, já que aqueles designam os serviços prestados pelos ecossistemas (purificação do ar, ciclo hidrológico, polinização, regulação do clima, etc), enquanto que estes implicam as atitudes ambientalmente desejáveis que contribuem à concretização das externalidades positivas.

Na última década, múltiplos programas de PSA difundiram-se pelo Brasil de forma inédita com o escopo de “resolverem” problemas específicos locais. Ainda que não haja um marco legal federal regulamentador do instituto, diversas são as experiências com o PSA e distintos os formatos e modelos do seu desenvolvimento.

A valoração econômica ambiental é relevante para problematizar a natureza no círculo da ciência econômica com vistas a melhor garantir a internalização dos custos socioambientais nas atividades humanas, como elucidado, principalmente, nos trabalhos de Arthur Pigou. Contudo, em termos de programas de PSA, a depender do seu contexto, objetivos, protagonismo, público-alvo e finalidades, lapidou-se que o instituto acaba aferindo valores aos *custos de oportunidade* do provedor do serviço ambiental e não meramente “*monetarizando*” a natureza, tal como sustentado pelos críticos do instrumento.

Construídas essas premissas, ressaltou-se que os Programas de PSA, geralmente liderados pelo Poder Público, controlam com maior efetividade a tendência econômica de criarem-se mercados específicos para a demanda de serviços ambientais. Por isso, discutiu-se a viabilidade de determinados projetos de PSA atrelarem-se ao mote da racionalidade ambiental, em vista de muitos programas mobilizarem e fortalecerem a pluralidade, as economias locais e a mudança de consciência ecológica sobre as práticas e comportamentos nos ecossistemas.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2014.

ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais urbanos como instrumento de incentivo para os catadores de materiais recicláveis no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 68, p. 307, out. 2012.

ALTVATER, Elmar. **O preço da riqueza**. São Paulo: Ed. UNESP, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Instrumentos econômicos**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/planejamento-ambiental-urbano/instrumentos-econ%C3%B4micos>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

CAMPOS, Humberto Alves. Instrumentos econômicos na gestão ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 63, p. 287-303, Jul./2011.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

EXTREMA. Prefeitura Municipal. **Projeto “Conservador das Águas”**. 2010. Disponível em: <<http://extrema.mg.gov.br/conservadordasaguas/Livro-Conservador-20101.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável**. Campinas: Ed. Unicamp, 2001.

GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (Org.). **Pagamentos por serviços ambientais na mata atlântica: lições aprendidas e desafios**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2011.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 51-74.

KAPP, Karl William. **The social costs of private enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 1950.

LAVRATTI, Paula (Org.). **Sistemas estaduais de pagamento por serviços ambientais**. Diagnóstico, lições aprendidas e desafios para a futura legislação. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente: o tributo como instrumento de proteção ambiental**. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. 2011. 304f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

MOTA, José Aroudo. **O valor da natureza: economia e política dos recursos naturais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 357-378, jan./dez. 2006.

_____. **Pagamento por serviços ambientais**. Sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Pagamento por serviços ambientais: comentários sobre sua implementação no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014. p. 415-437.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2014.

ORTIZ, Ramon Arigoni. Valoração econômica ambiental. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília; VINHA, Valéria de. **Economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 81.

PADOVEZI, Aurélio; DIEDERICHSEN, Anita; VEIGA, Fernando (Org.). **Projeto conservador das águas passo a passo**. Brasília: The Nature Conservancy do Brasil, 2011. (Série Água, Clima e Floresta, v. 4).

PIGOU, Arthur C. **The economics of welfare**. 1959. Disponível em:<<http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW0.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

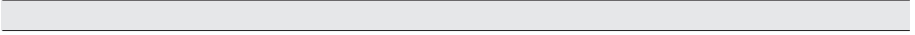
WALDMAN, Ricardo Libel; ELIAS, Luiz Augusto da Veiga. Os princípios do direito ambiental e o pagamento por serviços ambientais/Ecossistêmicos (PSA/PSE). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 69, p. 53-73, jan. 2013.

WUNDER, Sven. **Pagos por servicios ambientales: principios básicos esenciales**. Jakarta: Centro Internacional de Investigación Florestal (CIFOR), 2006.

Submetido em: 27/01/2015

Aprovado em: 20/04/2015

Como citar: DERANI, Cristiane; JODAS, Natália. **Pagamento por serviços ambientais (PSA) e a racionalidade ambiental: aproximações**. *Scientia Iuris*, Londrina, v19, n.1, p.9-27, jun.2015.



Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado

REGULATION OF ECONOMIC ACTIVITY IN DISSOLUTION OF BORDERS BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE

* Irene Patrícia Nohara

Resumo: A presente reflexão tem por objetivo abordar a regulação da atividade econômica no contexto de dissolução das fronteiras entre público e privado. Parte das categorias serviços públicos e poder de polícia para delimitar as intensidades de regulação desejadas pela Constituição. Objetiva-se problematizar a dissolução entre as fronteiras, num contexto de iminência de crise e escassez, no qual há, de um lado, um movimento de retração na prestação direta do Estado de serviços públicos e, de outro, a intensificação na intervenção no mercado. Enfatiza a importância da disseminação do princípio democrático, bem como a necessidade de razoabilidade dos parâmetros regulatórios.

Palavras-Chave: Regulação; Democracia; Estado; Público; Privado.

Abstract: The present paper aims to address the regulation in the context of dissolution of borders between public and private. It departs from the analysis of public services and police power to define the regulatory intensity desired by Brazilian Constitution. Then it discusses the dissolution of the boundaries in the context of impending crisis and scarcity, in which there is, in one hand, a retraction movement in direct provision of state public services and, on the other, a much more intense market intervention. It emphasizes the importance of the spread of democratic principle and the need for reasonableness from regulatory parameters.

Keywords: Regulation; Democracy; State; Public; Private.

* Professora-Pesquisadora do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho, Professora do Mackenzie, Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou. E-mail: irene.nohara@uol.com.br

INTRODUÇÃO

A presente reflexão tem por objetivo abordar os fundamentos da regulação na atividade econômica no contexto das agências reguladoras como contribuição para um debate que se aperfeiçoa na relação entre Estado e Economia.

Objetiva-se inicialmente expor a sistemática constitucional acerca da atividade econômica, a partir das diferenças de tratamento que se rascunharam na doutrina entre os conceitos de regulação dos *serviços públicos* e de *poder de polícia*, para delimitar, com referencial teórico na clássica exposição de Eros Roberto Grau, algumas *supostas* intensidades de regulação em função da natureza da atividade regulada.

Na sequência, haverá a problematização da dissolução das fronteiras entre público e privado, sobretudo em um contexto de iminência de crise e escassez, que provoca, de um lado, a *privatização do público*, movimento que teve como marco o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, inspirado na fase gerencial da *New Public Management*, sendo deste projeto derivada a agenciificação nos serviços públicos no Brasil, e, de outro, a *publicização do privado*.

O movimento de *publicização do privado* será abordado com base em dois eixos de indagação: em primeiro lugar, a constatação de uma intensificação na regulação do mercado, que se dá em contextos de iminência de crise e obscurece a distinção entre a intensidade do planejamento desejada originariamente pela Constituição, e, de outro, a disseminação dos valores de participação e de legitimação.

Será defendido que os valores da governança corporativa, presentes nas noções de *compliance*, transparência (*disclosure*) e *accountability*, devem ser enriquecidos com a proposta de operacionalização do princípio democrático, para que haja maior intersubjetividade no conteúdo da regulação.

Tal proposta será alicerçada em duas vertentes: a abertura dos canais de expressão e de discussão do interesse público no seio das agências reguladoras, bem como a consideração de aspectos substanciais contidos na exigência de razoabilidade do conteúdo da regulação.

Espera-se contribuir com uma ênfase na importância da *contraofensiva* da colonização do público pelo privado, para que, num contexto de crescente escassez de recursos, haja a retomada pelo Estado de uma preocupação com o equilíbrio social e com o estímulo à sustentabilidade do desenvolvimento

econômico, desde que tal movimento seja feito dentro de parâmetros de razoabilidade e de participação, preservando-se também o núcleo dos direitos e liberdades dos agentes econômicos.

1 REGULAÇÃO NA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL: SERVIÇOS PÚBLICOS E PODER DE POLÍCIA

É bastante conhecida no Direito Econômico brasileiro a teorização de Eros Roberto Grau acerca da atividade econômica na obra *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Segundo expõe, a atividade econômica em sentido amplo é gênero, do qual decorrem duas espécies: (1) os *serviços públicos*, sendo estes considerados uma área em que a Constituição atribui a incumbência ou titularidade ao Poder Público, que, de acordo com a disciplina constitucional do art. 175, pode prestá-los diretamente ou por meio de concessionárias ou permissionárias; e (2) a *atividade econômica em sentido estrito*, também denominada *mercado*, em que o Estado intervém em caráter de maior excepcionalidade, nos casos explicitados no art. 173, seja em regime de livre concorrência ou em monopólio.

Segundo conceitua Grau (2006, p. 103), serviço público “é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Preferencialmente não significa exclusivamente, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão”.

Ademais, mesmo diante da presença de concorrência entre os concessionários e permissionários, ainda assim, a área dos serviços públicos é uma área de atuação do Estado, o qual, quando não presta *diretamente* a atividade, *regula* sua prestação de forma a suprir necessidades coletivas, diferentemente da regulação que, em tese, deveria ocorrer no domínio econômico, tendo em vista o fato de vigorar neste âmbito o princípio da livre-concorrência.

Sobre o mercado recai a restrição do poder de polícia, que abrange a regulação, dado que implica na atividade do Estado de condicionar ou restringir o exercício dos direitos individuais, como a liberdade e a propriedade, em nome do interesse coletivo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 840; DI PIETRO, 2014, p. 124), ou mesmo a intervenção do Estado pela participação, por empresas estatais que desenvolvam atividades no domínio econômico.

A participação do Estado como medida de intervenção no mercado é considerada por Eros Grau como excepcional, tendo em vista o disposto no

art. 173 da Constituição, que determina que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração de atividade econômica do Estado só é permitida diante de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Do ponto de vista jurídico, se as empresas públicas e sociedades de economia mista atuarem no domínio econômico, não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis aos demais integrantes do setor privado, para estímulo da concorrência. Não obstante, deve-se ressaltar que há a possibilidade do *monopólio* em tais atividades, caso em que, por questões estratégicas, haverá supressão da concorrência.

Alerta, contudo, Eros Grau (2006, p. 140) que *monopólio* não se confunde tecnicamente com serviços públicos, pois a área do monopólio é justamente a atividade econômica em sentido estrito, ao passo que os serviços públicos são considerados um regime de *privilégio*, por não se enquadrarem no campo de atividades livres ao mercado.

Até o movimento de privatização em larga escala dos anos noventa, tal classificação auxiliava a delimitar os fundamentos da regulação da atividade econômica, que se dava de forma mais intensiva no âmbito dos serviços públicos por conta das características do planejamento exercido pelo Estado (como agente normativo e regulador da atividade econômica), sendo este considerado constitucionalmente *determinante* para o setor público.

Para o setor privado, o planejamento da regulação deveria ser realizado de forma *indicativa*. A opção pela economia de mercado, que compreende a valorização da livre-iniciativa, assegura às organizações particulares maior liberdade no planejamento de suas atividades econômicas, pois a chamada economia “descentralizada” garante, em tese, uma maior liberdade de decisão e, conseqüentemente, de formação dos preços.

Ressalte-se que, via de regra, a tendência é o respeito maior à liberdade de formação dos preços em momentos de estabilidade econômica. Aliás, nos momentos de crise econômica e financeira, em geral, cresce em importância a atividade interventiva do Estado no domínio econômico, que pode ser feita, por exemplo, para regular preços e normalizar o abastecimento.

Segundo expõe Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 1), a chamada Era de Ouro, que seriam os trinta anos de crescimento da economia capitalista que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, foi interrompida por dois choques do Petróleo, de 1973 e 1979. Tais choques anteciparam uma discussão recorrente sobre *escassez*, principalmente de recursos naturais, no mundo.

A década de oitenta foi, nesta perspectiva, um momento de redefinição do papel do Estado pelos países centrais, a partir de um conjunto conhecido de reformas que impuseram aos países periféricos a desregulamentação do mercado, a abertura comercial e financeira e a redução do tamanho e do papel do Estado (STIGLITZ, 2002, p. 82).

No Brasil, esta influência foi sentida do ponto de vista jurídico com maior intensidade na segunda metade da década de noventa, sendo sua expressão mais evidente extraída do projeto contido no *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*, sendo tal orientação também refletida no Programa Nacional de Desestatização (Lei nRº 9.494/97). O contexto histórico de crise econômica e de consequente ajuste fiscal foi utilizado como justificativa para a tentativa de redefinição do papel do Estado por meio da Reforma Administrativa dos anos noventa (NOHARA, 2012).

Deste cenário, surgiu o fenômeno da agencificação, paralelamente ao incremento de propostas “descentralizantes” do Estado. A Administração Pública passou a ser influenciada por um vocabulário presente na *governança corporativa* porque, no fundo, eram os organismos financeiros internacionais que procuravam delimitar condições aos países periféricos para concessão de investimentos, empréstimos e redefinição de parâmetros de endividamento.

Também houve influência do ideário da *New Public Management* na sua primeira fase de gerencialismo, sendo o Estado confrontado com propostas de flexibilização do regime jurídico público (*privatização do público*).

Inverteu-se o polo da estatização, que vigorou com distintas intensidades nas décadas de sessenta e setenta no Brasil, para o polo da privatização, sendo este termo tomado tanto em seu sentido restrito, dada, por exemplo, a venda de diversas estatais, como em seu sentido amplo, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 8), compreende também a intensificação da prestação indireta de serviços públicos pela via da “contratualização” com o setor privado.

Ao Estado são reconhecidos distintos graus de regulação, em função da especialização promovida em diversos setores da economia. Tem-se que diferenciar, portanto, agências (em sentido amplo) que já existiam antes do movimento de Reforma do Estado, pois, não obstante não terem o formato de autarquia em regime especial nos mesmos moldes das atuais agências reguladoras, ainda assim regulavam a atuação do mercado por meio do exercício do *poder de polícia*, isto é, editando parâmetros normativos que condicionavam ou restringiam as atividades do mercado, das que surgiram

para ganhar atribuições de Poder Concedente, conforme se ampliava a contratualização nos serviços públicos.

De acordo com Di Pietro (2014, p. 541), enquanto as agências reguladoras que realizavam atividades de poder de polícia já existiam, como ocorria com as atribuições do Cade, do CMN e da Anvisa, as novas modalidades criadas no Brasil no final da década de noventa e no início do século XXI são as que ganharam as atribuições de controle ou fiscalização das delegações de serviços públicos a particulares, tendo sido inspiradas nas agências norte-americanas.

Elas passam a ter, portanto, função de estruturar os investimentos privados em infraestrutura, por meio da elaboração dos editais de licitação, estabelecimento do valor da tarifa, bem como dos critérios de reajuste e celebração de contratos, fixação das regras, portanto, das delegações, controle do desempenho das atividades, aplicação de sanções, rescisão ou alteração unilateral de contratos, acumulando também o papel de ouvidoria da reclamação dos usuários.

Existem, em suma, fundamentos jurídicos subjacentes às práticas de regulação, dada necessidade de conhecimento não só de fatores interdisciplinares, com um enfoque econômico, mas também de limites e possibilidades decorrente do regime das licitações e contratos, que são os institutos veiculadores das condições de prestação dos serviços delegados à iniciativa privada.

Logo, a gestão deve ser feita em função das possibilidades das leis de concessões, seja a Lei Geral (Lei n. 8.987/95), sejam diplomas específicos, como, por exemplo, a Lei das Parcerias-Público Privada (Lei nR” 11.079/04), que compreende duas modalidades especiais de concessão (patrocinada e administrativa), sendo de suma importância para a delimitação da política tarifária, bem como da exigência de uma prestação regular dos serviços públicos, a garantia dos objetivos de universalização e de modicidade das tarifas.

2 CRISE E ESCASSEZ: DISSOLUÇÃO DAS FRONTEIRAS ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Tendo em vista o fato de que o Estado é permanentemente “desafiado” com metas de ajuste financeiro, cada vez mais as agências procuram conhecer o mercado de fornecedores para fazer planos de outorga e/ou delegação

mais competitivos. A análise da concorrência é, portanto, uma preocupação deslocada do campo do livre mercado, sendo incorporada recentemente com uma maior intensidade na seara dos serviços públicos, à medida que o Estado se retrai na prestação direta.

Por outro lado, enfatiza Calixto Salomão Filho (2011) que, dada realidade mundial de crise e de crescente escassez, tendo em vista a ampliação do mercado consumidor em cerca de sete bilhões (estima-se que em 2050 seja atingido o número de nove bilhões), tal fenômeno provoca a necessidade de transformação da regulação no mercado, que antes era feita somente para organizar as trocas, ou seja, para aperfeiçoar o funcionamento das atividades econômicas em sentido estrito, mas que passa doravante a ser permeada por preocupações equitativas, focadas em medidas para evitar a assimetria do mercado.

Tendo em vista fatores como: a heterogeneidade de poderio econômico dos agentes, a escassez de recursos, dentre eles, os recursos naturais, e a necessidade de estímulo da disponibilidade de infraestrutura, com metas de ajuste fiscal para o Estado, as agências preocupam-se cada vez mais com as condições isonômicas da concorrência.

Para proceder a tal análise, são utilizadas teorias como a *essencial facilities doctrine* (teoria de acesso a bens essenciais), com vistas a evitar a necessidade de se duplicar uma rede ou a infraestrutura, como ocorre nas ferrovias. Neste caso, o *compartilhamento* acaba sendo apresentado como uma solução mais sustentável, inclusive para combater a dominação do mercado, o que prejudica os consumidores.

Calixto Salomão Filho (2006, p. 160) menciona, ainda, o *acesso necessário* de alguns agentes (“players”/entrantes) para que haja o estabelecimento de *preços* em níveis concorrenciais, havendo formas mais ‘descentralizadas’ de se induzir o mercado neste âmbito. Em suma, a questão da eficiência dos setores, também no âmbito privado, passa a ser equacionada em função de fatores sociais de regulação, a depender das características do setor de mercado regulado.

Trata-se de movimento que torna, portanto, indistinta a fronteira entre um regime (dos serviços públicos) que era essencialmente público e um regime de regulação sobre o mercado, sobretudo diante do fato de que em um cenário de maior instabilidade e escassez, também as atividades econômicas em sentido estrito passam a ser alvo de intensiva intervenção estatal.

Ainda, no âmbito das concessões e permissões, os novos regimes de licitação, seja por meio das parcerias público-privadas ou pela contratação integrada (do regime diferenciado de contratação – RDC), acabam sendo influenciados por uma ótica gerencial de *performance*, tendo em vista a flexibilização de controles prévios e concomitantes, o que, em inúmeros contextos, acaba distanciando o Estado das decisões mais estratégicas da gestão, sendo o sucesso do contrato mensurado sobretudo com base no cumprimento de metas de desempenho.

A substituição da gestão pública, antes vista como uma atividade ligada aos fins, e a sua “entrega” nas mãos da iniciativa privada provoca a retração do Estado no controle dos serviços públicos, o que acaba mitigando a orientação constitucional de que o planejamento estatal neste âmbito deve ser *determinante*, conforme previsão do art. 174, *caput*, da Constituição. Paradoxalmente, diversos setores da iniciativa privada, num cenário de permanente crise e escassez, acabam sendo progressivamente controlados pelo Estado.

Neste contexto, há distintas interpretações. Existem desde os que, a exemplo de Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p. 22), parecem estar otimistas com tal movimento, pois enxergam na superação da dicotomia entre público/privado uma perspectiva de “republicização”, até os que apresentam uma visão mais crítica (e cética) com relação a essas transformações.

Do ponto de vista otimista, pode-se dizer que a retirada do Estado do monopólio da *governança* provoca o direcionamento ao papel de articulador de compromissos sociais e garantidor do diálogo transparente na arena pública, cumprindo à sociedade civil a conquista de alternativas democráticas de interlocução nesse processo, que pode ser produtivo não apenas para conter o autoritarismo político-estatal, mas sobretudo para restringir as medidas do mercado que se articulam na contramão dos interesses coletivos e que são passíveis de limitação através da atividade intervencionista do Estado.

No entanto, também não se pode ignorar a advertência feita por Gilberto Bercovici, no sentido de que os movimentos de privatização da década de noventa foram, em grande parte, consequência de uma postura “entreguista” dos interesses nacionais ao capital estrangeiro, sendo a desregulamentação propugnada na época prejudicial ao projeto constitucional de desenvolvimento do País.

Nesta perspectiva, cumpre mencionar que a concepção de Gilberto Bercovici acerca de desenvolvimento é noção que transcende a mera

pretensão de modernização do País, pois modernização pode ocorrer sem que haja melhoria nas condições de vida da população, sendo a maioria alijada dos benefícios ocasionados pela infraestrutura atual.

Vale mencionar, neste ponto, as ideias de Celso Furtado expressadas por Bercovici, *in verbis*:

Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Com a modernização, mantém-se o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda. Ocorre a assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da população (BERCOVICI, 2005, p. 53).

Imprescindível acrescentar que as mesmas preocupações, com substrato furtadiano desenvolvimentista, foram externadas pelo próprio Bresser Pereira, que, não obstante ter sido o Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, criticou o modelo de *dependência associada* empregado na segunda metade dos anos noventa, que tomava as multinacionais como fontes do desenvolvimento brasileiro, a partir da constatação da “desmoralização ideológica globalista que caracterizou os 30 anos neoliberais do Capitalismo (1979-2008) – uma ideologia que condenava o nacionalismo dos países em desenvolvimento enquanto os países ricos praticavam sem hesitação seu próprio nacionalismo” (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 21).

Uma Reforma Administrativa, a nosso ver, não deveria ser um meio apto a subverter as missões constitucionais, pois o papel do Estado está enunciado na Constituição, sendo orientado também aos objetivos de construir, conforme se extrai do art. 3R” da Lei Maior: uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação.

Ainda, nos anos 2008-2012 houve uma das maiores crises financeiras vivenciadas pelos Estados Unidos desde a Grande Depressão, o que provocou a necessidade de reflexão sobre a delimitação de regras mais claras de governança, sobretudo no setor privado.

Esse cenário contribuiu para a discussão de novos parâmetros de governança também no setor público, mas enquanto a governança corporativa é uma realidade própria de empresas com capital aberto e que, portanto, dependem de seus investidores, por isso a preocupação de transparência no conflito de interesses (*disclosure*) entre acionistas, responsabilidade e *accountability* (prestação de contas), o bom gestor público, por sua vez, é acima de tudo aquele que busca melhor atingir os interesses públicos, caso o princípio da soberania popular não seja considerado mero expediente retórico.

A substituição do gestão burocrática monológica para um gerenciamento mais participativo e dialógico é, conforme expõe Luciana Ronconi, pauta de uma governança pública (RONCONI, 2011, p. 28) mais atualizada. A operacionalização do princípio democrático dá-se, conseqüentemente, com ações transparentes e compartilhadas, o que reforça a participação dos atores sociais nos processos decisórios públicos e nas formulações das políticas públicas.

No caso brasileiro, há perspectivas de avanço com a edição dos recentes diplomas legislativos: a Lei de Acesso à Informação e a criação da Lei Anticorrupção, que contribuem para se evitar a formação distorcida de preços e, no caso das licitações, por exemplo, coibir práticas que visem a: frustrar o caráter competitivo do certame; afastar concorrente em licitação por oferecimento de vantagem ou fraude, criar pessoa jurídica de modo fraudulento ou irregular para participar de licitação, modificar de modo fraudulento os contratos celebrados, manipular o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e intervir dificultando a investigação ou fiscalização do Poder Público, seja nas agências reguladoras ou nos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A Lei Anticorrupção causou um impacto nas práticas empresariais, pois as sanções previstas variam muito, sendo as mais pesadas, por exemplo, a multa, que pode atingir até 20% do faturamento bruto, e a dissolução compulsória de atividades.

Ademais, o art. 7R”, VIII, da Lei nº 12.846/2013, determina que na aplicação das sanções as autoridades levarão em conta a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta da pessoa jurídica”.

Tendo em vista tal previsão, as empresas começaram a estruturar regras mais precisas de *compliance* (conceito de governança corporativa que

demanda da empresa que esteja em conformidade com regramentos externos e internos, com introjeção de valores organizacionais nas práticas corporativas). Hoje os códigos de ética passam a ser parte tanto da cultura organizacional pública, como privada.

3 ABERTURA DOS CANAIS DE INTERLOCUÇÃO NA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Como contra-ofensiva à *privatização do público*, há então a possibilidade de disseminação de oportunidades de interlocução comunitária no seio das agências reguladoras. Num contexto em que há maiores complexidades dos assuntos regulados, não se admite que a discricionariedade afaste do público a interlocução sobre os interesses públicos subjacentes, para evitar a captura regulatória.

Deve-se advertir também que a regulação econômica sempre existiu e que há, reitere-se, uma maior legitimação do intervencionismo estatal nos períodos de crise. Por exemplo, nos Estados Unidos, pode-se mencionar as medidas intervencionistas de Roosevelt, que tiraram o País da Grande Depressão, e, mais recentemente, na crise de 2008-2012, as medidas foram tamanhas que culminaram inclusive na decisão de o governo adquirir, em 2009, cerca de 60% do controle acionário da GM, tendo injetado patrimônio público para o resgate da empresa, cuja quebra afetaria a economia norte-americana. Depois de saneada, grande parte das ações adquiridas foram vendidas.

Não se trata, a nosso ver, de uma opção estatizante, muito menos socializante, trata-se do conhecido *capitalismo de Estado* para a salvaguarda do sistema em relação aos efeitos da crise. Por conseguinte, a regulação deve se voltar à preocupação com a equidade, em que o Estado assume o compromisso constitucional de harmonizar as atividades privadas com o projeto de desenvolvimento sustentável do País, conforme reza, em nosso caso, o art. 219 da Constituição: “o mercado integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnologia do País, nos termos da lei federal”.

Logo, a preocupação com a assimetria na regulação faz parte do desígnio constitucional de incentivar o mercado, entre outros objetivos, à promoção de objetivos socioeconômicos e de bem-estar geral.

A partir do compartilhamento de rede e do auxílio dado aos agentes, é possível incentivar a *solidariedade social*, não de forma ingênua, evidentemente, pois os segmentos privados irão atuar em função de seus objetivos lucrativos imediatos, mas por meio de uma razoável função interventiva estatal, que atinge sobretudo a área de regulação da atividade econômica.

Crítica-se, no entanto, os moldes gerenciais expostos no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, com influência na primeira fase da *New Public Management*. Conforme expõe Emerson Gabardo (2002, p. 67), a real preocupação do modelo gerencial concentrou-se no ajuste do déficit público com a finalidade de controle inflacionário, sendo todas as outras finalidades meramente acessórias ou simbólicas para legitimar a finalidade principal.

Também a comunidade acadêmica norte-americana já se indaga sobre se as promessas do eixo norte realmente trouxeram tantos avanços aos países periféricos. Por exemplo, os países do chamado eixo norte prometeram a disseminação dos direitos humanos, do devido processo, a eliminação da discriminação e a proteção dos vulneráveis, o desenvolvimento econômico e a proteção do comércio internacional, a partir da restrição da ganância econômica por meio da disseminação da dignidade humana, mas ainda hoje seus críticos observam, conforme temática do *Law and Society* de 2015, encontro de Seattle (*Law's Promise and Law's Pathos in the Global North and Global South*), que a lei é praticada como instrumento de repressão e de controle, ou seja, como instrumento de dominação e, no fundo, de recuo do ingrediente político da transformação.

Por conta disso, propugna-se ao invés de um modelo gerencial, adotar-se uma burocracia reflexiva (NOHARA, 2014, p. 310), que leve em consideração que um desenvolvimento sustentável é aquele que se orienta democraticamente ao planejamento das políticas públicas, rumo a uma efetiva modificação das estruturas econômicas e sociais, pois somente assim será possível harmonizar a pretensão de *modernização* da Administração Pública com o objetivo constitucional de *desenvolvimento* do País.

A reflexividade da burocracia implica, portanto, aprofundar o contato com a sociedade civil por meio de uma noção bem compreendida de consensualidade. A Administração Pública deve ampliar os mecanismos de interlocução comunitária existentes para que haja uma ação mais legítima. Há, entretanto, setores que se aproveitam da ambiguidade da expressão

consensualidade para fazer valer significações que nem sempre são afinadas com as concepções emancipatórias da cidadania.

Os significados conservadores procuram confundir o intérprete, reputando consensual uma ação do Poder Público acordada diretamente com os setores interessados, o que seria do ponto de vista democrático apenas um “simulacro de consensualidade”, pois se toma por pressuposto a adoção de valores consensuais próprios ao universo privado, sem considerar o compartilhamento público deste mesmo consenso.

Por outro lado, significações emancipatórias são as que estimulam o diálogo, que alguns autores chamam de *burocracia dialógica* (FREITAS, 2004, p. 34), abrindo as instâncias organizacionais a maior e melhor participação pública, mediante a realização de audiências, consultas populares ou qualquer outro meio de influência da cidadania “desinteressada” (na verdade: interessada tão-somente na discussão acerca do bem-estar comum, como, por exemplo, da saúde pública ou da preservação do meio ambiente, e não nos interesses particulares mais imediatos) em assuntos de relevância pública.

Como as medidas tomadas pelo Estado acabam por repercutir no cotidiano dos cidadãos, imprescindível que os debates sejam feitos não apenas no momento das eleições, mas que haja o arejamento das ações administrativas com a participação dialogada (movimento arejado com a proposta de processualização do agir administrativo) e com a consideração pelos argumentos apresentados também pela coletividade.

4 CONTROLE DA RAZOABILIDADE NA REGULAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Do ponto de vista do conteúdo da regulação, faz-se necessário intensificar a indagação acerca da razoabilidade. Esta deve ser averiguada não em função de regras estanques, até porque cada setor apresenta suas particularidades, mas por *standards* contextualizados de regulação.

Razoabilidade indica a qualidade de razoável, adjetivo de raiz latina, derivado da palavra razão (*ratio*). Trata-se de termo com diversos significados, dentre os quais se destacam: logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado e sensato.

Apesar da ausência de previsão expressa da razoabilidade na Constituição, alguns autores (CASTRO, 2006, p. 9) consideraram que ela

está implícita no art. 5R”, LVI, da Lei Maior, que determina que “ninguém será privado da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal”.

Enquanto o sentido adjetivo do devido processo legal demanda o respeito a garantias individuais, a noção de devido processo legal substantivo (*substantive due process*) é associada também com a proporcionalidade, sendo esta considerada na Alemanha e em Portugal uma exigência pressuposta no Estado Democrático de Direito.

Canotilho equipara o conceito de proporcionalidade ou de proibição do excesso alemão com o conceito inglês de *reasonableness* (CANOTILHO, 2004, p. 272). A noção de proporcionalidade exige a relação de causalidade entre os meios e fins, sendo geralmente desdobrada em três elementos: (1) *adequação* ou *pertinência* do meio em relação ao fim visado; (2) *necessidade* da medida, que não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim que almeja alcançar; e (3) *proporcionalidade em sentido estrito*.

Excesso de restrição na atividade regulatória tem potencial de aniquilar direitos e, conseqüentemente, comprometer a própria noção do Estado Democrático de Direito, sendo papel daquele que edita o ato normativo no exercício do poder de polícia compatibilizar as ações políticas do Poder Público com os direitos assegurados constitucionalmente.

Por conseguinte, faz parte da democratização da atuação regulatória estatal, do ponto de vista material, exigir das agências que editam atos normativos que optem por *discrimes*/critérios menos gravosos às liberdades para o alcance dos objetivos contemplados nas orientações políticas setoriais, o que, segundo o parecer nR” 51 da AGU, deve ser feito a partir das determinações dos Ministérios Supervisores.

A exigência de equilíbrio no poder de polícia era reconhecida nos Tribunais Superiores brasileiros desde a década de sessenta no Brasil, tendo em vista o conteúdo das seguintes súmulas do Supremo Tribunal Federal, ainda hoje em vigor: (a) Súmula 70, de 1963, “é inadmissível a interdição de estabelecimento para a cobrança de tributo”; (b) Súmula 323, de 1963, “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”, e (c) Súmula 547, de 1969, “não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

Ainda, quanto mais democrática for a ambiência institucional vivida, maior será a abertura para o questionamento da razoabilidade dos atos estatais.

Pode-se dizer, portanto, que a indagação sobre a razoabilidade dos atos de regulação é condizente com a democracia, pois ela abre aos intérpretes a oportunidade de discutir as razões e os motivos subjacentes aos atos restritivos estatais, envolvendo o questionamento sobre se eles são adequados às finalidades objetivadas.

Também a utilização da razoabilidade é especialmente profícua no contexto em que os princípios liberais de mercado são mitigados por outros princípios que traduzem a necessidade por um regime de caráter mais intervencionista, tais como: a função social da propriedade, a defesa de concorrência, a preservação ambiental, bem como as preocupações legítimas de caráter social, como, por exemplo, a busca do pleno emprego (NOHARA, 2006, p. 190).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, conforme exposto, uma alteração substancial na dinâmica da sistemática constitucional sobre a atividade econômica, sendo que a dissolução das fronteiras entre público e privado, num contexto de crise e escassez, provoca a intensificação da regulação na seara do mercado (poder de polícia), imprimindo, por outro lado, aspectos de concorrência no âmbito da prestação de serviços públicos delegados.

Esse fenômeno pode ser desdobrado, portanto: de um lado, na *publicização do privado*, pois o planejamento começa a não ser meramente “indicativo” do setor, como desejava o Constituinte, e, de outro, numa *privatização do público*, dada necessidade de as agências procurarem incentivar a concorrência a partir do oferecimento, ao mesmo tempo, de negócios atrativos aos delegatários dos serviços públicos, sendo, ainda, tal corrente intensificada pela tentativa de flexibilização do regime público.

A contra-ofensiva ao movimento da *privatização do público*, no entanto, pode se dar por meio da abertura dos canais de expressão e de discussão do interesse público no seio das agências reguladoras, trazendo para a atividade regulatória o princípio da soberania popular como uma tentativa de mitigar a ocorrência de captura do setor regulado pelos interesses exclusivos do mercado.

Além do maior estímulo à realização de audiências e consultas populares, também é relevante, para intensificação do princípio democrático, que haja abertura para o questionamento da razoabilidade do conteúdo da

regulação, para que não haja medidas excessivamente gravosas às atividades econômicas, sendo este um requisito derivado da cláusula do devido processo legal substantivo, conforme visto.

Entende-se, pois, que esses representam alguns caminhos de participação da sociedade na delimitação do conteúdo da regulação, dentro das limitações de assimetria já existentes, pois a regulação, num contexto de escassez, pode ser feita com base em preocupações sociais e de equilíbrio, o que provoca a utilização de mecanismos como o compartilhamento das redes e a intervenção que dê acesso e estímulo a novos atores/*players* econômicos.

A governança pública, num contexto de Estado Democrático de Direito, que valoriza a noção de soberania popular, deve incorporar nas preocupações sobre o desempenho ou eficiência de dados setores econômicos também a satisfação das necessidades coletivas, sendo este o interesse público primário a ser justificado em atividades de regulação, que representam desdobramentos do poder de polícia em seu sentido amplo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Nacionalismo, liberalismo e capitalismo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 ago. 2010. Caderno Mundo, p. 21.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na administração pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 349-372.

_____. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

RONCONI, Luciana. Governança pública: um desafio à democracia. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 11, n. 1, p. 21-34, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Regulação assimétrica exige o compartilhamento de bens**. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o0f5gt6v6r4>>. Acesso em 2 de out. 2014.

STIGLITZ, Joseph. **A globalização e seus malefícios**: a promessa não cumprida de benefícios globais. São Paulo: Futura, 2002.

Submetido em: 03/12/2014

Aprovado em: 16/03/2015

Como citar: NOHARA, Irene Patrícia. **Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado.** *Scientia Iuris*, Londrina, v19, n.1, p.29-46, jun.2015.

Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras

INTERPRETATION OF CONTRACT, INTERPRETATION OF THE LAW AND QUALIFICATION: OVERCOMING BARRIERS

* Carlos Nelson de Paula Konder

Resumo: O artigo sustenta a necessidade de superação da rígida separação entre interpretação da lei, interpretação do contrato e qualificação dos contratos, enraizadas na dicotomia entre direito público e direito privado e no dogma da subsunção. Argumenta com base na transformação do papel da autonomia privada no ordenamento, na funcionalização dos institutos e na circularidade do processo hermenêutico.

Palavras-chave: Interpretação; Qualificação; Contrato; Autonomia privada; Subsunção.

Abstract: The paper sustains the need to overcome the rigid separation between interpretation of the law, interpretation of contract and qualification of contracts, rooted in the dichotomy between public and private law and the dogma of subsumption. Its argument is based on the transformation of the role of private autonomy in land, the functionality of institutions and the circularity of the hermeneutic process.

Keywords: Interpretation; Qualification; Contract; Autonomy; Subsumption.

* Professor adjunto de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). E-mail: c.konder@gmail.com

INTRODUÇÃO

As construções científicas por trás da chamada teoria da interpretação foram objeto de grande transformação nas últimas décadas. Seja no âmbito da hermenêutica filosófica, seja mais diretamente no tocante à teoria do direito, diversas premissas clássicas sobre como se dá a atividade do intérprete foram relativizadas ou mesmo superadas.

Embora na filosofia e na teoria do direito essas transformações estejam mais disseminadas e assimiladas pela comunidade científica, em outros ramos do direito se encontra ainda grande resistência, em razão de serem campos mais aguerridos no que diz respeito à fidelidade a um instrumental conceitual tradicional.

Este é o caso do direito civil, onde os modelos próprios da Escola de Exegese e da Pandectística ainda encontram grandes defensores. Neste contexto, premissas como a rígida distinção entre o procedimento de interpretação da lei e o procedimento de interpretação dos contratos, continuam alçados a dogmas intocados, assim como a distinção entre a interpretação do contrato e a sua qualificação.

O que se pretende no presente artigo é destacar que, sob uma perspectiva metodológica do direito civil contemporâneo que pressupõe a unidade sistemática do ordenamento e que reconhece a liberdade argumentativa do intérprete a ser exercida de forma responsável, é necessário rever as classificações estanques dos procedimentos hermenêuticos.

Em um modelo no qual o intérprete tem o dever de fazer o cotejo do enunciado normativo com o ordenamento como um todo, especialmente seus princípios fundamentais, e o confronto com as peculiaridades da realidade concreta – e para isso tem a liberdade de se desprender da literalidade do texto e incluir elementos extrajurídicos, mas deve fazê-lo de forma fundamentada argumentativamente a partir dos elementos normativos –, algumas divisões feitas pela hermenêutica tradicional devem ser relativizadas.

A primeira diz respeito à separação entre interpretação da lei e interpretação dos contratos. Concebidas tradicionalmente por objetivos e métodos distintos, com fundamento na *summa divisio* entre direito público e privado, hoje a distinção é relativizada pela ressignificação da autonomia privada no sistema.

A segunda refere-se à separação entre interpretação e qualificação dos contratos, normalmente entendidas como etapas distintas e estanques do

processo hermenêutico e que, pela funcionalização e eticização dos contratos, sofreM influxos transformadores.

1 SUPERANDO A FRONTEIRA ENTRE INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO E DA LEI: DA VONTADE À FUNÇÃO

A separação entre interpretação da lei e interpretação do contrato encontra raízes na própria *summa divisio* entre direito público e direito privado, na qual enquanto o primeiro era composto essencialmente de normas cogentes, voltadas para disciplinar (*rectius*, limitar) o exercício do poder de império do Estado, o segundo era formado essencialmente por normas dispositivas, uma vez que, ressalvadas as hipóteses excepcionais de ilicitude, tinha por objeto somente garantir o livre exercício da autonomia dos particulares através de suas manifestações de vontade. Deste contexto dicotômico, até hoje se reproduz a ideia de que as fontes das obrigações dividem-se em duas categorias: a lei e a vontade.

Enquanto no tocante à interpretação da lei rapidamente revelou-se o fracasso da busca pela *voluntas legislatoris*, a interpretação dos contratos permaneceu por muito tempo concebida como atividade limitada à descoberta da vontade efetiva das partes, embora a principal dificuldade que levou à rejeição da primeira – a conjecturação sobre o que fosse a intenção do legislador – também se colocasse no que diz respeito ao contratante (MAXIMILIANO, 2001, p. 276). De fato, em um contexto em que a vontade do particular era soberana no que tange à disciplina das suas relações econômicas com os demais, não apenas o juiz, mas também o legislador assumiam papel subsidiário e restrito e, portanto, a atividade de interpretação manifestava-se somente em caso de conflito e apenas com o objetivo de revelar o que as partes realmente quiseram.

O sopro de renovação da interpretação dos contratos vem somente quando, a partir do embate com a teoria da declaração, ganham força as teorias que buscavam interpretar o sentido jurídico da declaração negocial com base na confiança incutida na outra parte e na responsabilidade pela legítima expectativa criada (NORONHA, 1994, p. 90). O movimento incipiente ganha força a partir do que se pode identificar como a verdadeira revolução na concepção da juridicidade do contrato.

Constatada a unidade do ordenamento, em que todas as normas encontram seu fundamento de validade na Constituição e têm por objetivo a mais plena realização de seus princípios fundamentais, o direito contratual deixa de ser o

espaço em que reina isolado somente o império da vontade para também obedecer à tábua principiológica estabelecida pela legalidade constitucional (TEPEDINO, 2008, p. 1-23). Também a regulação do contrato passa a servir à realização dos mesmos predicados que guiam todo o sistema, como justiça social, erradicação da pobreza, valor social do trabalho e da livre iniciativa, solidariedade e, principalmente, dignidade da pessoa humana (NEGREIROS, 2006b, p. 108).

Trata-se de manifestação do processo de funcionalização dos institutos de direito civil, pelo qual o contrato, a propriedade e a empresa são concebidos como instrumentos de realização de princípios superiores, de caráter social, positivados no texto constitucional. De fato, a funcionalização é peça essencial no processo mais amplo de constitucionalização, em razão do qual, como observado, “o ato de autonomia não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento” (PERLINGIERI, 1999, p. 279). Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, dentre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso do direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé, da probidade bem como da função social dos contratos, dentre outros. A propósito, justamente por isto o art. 421 do Código de 2002 explicita que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Aliás, a maneira pela qual um direito é exercido também é determinante para sua licitude (art. 187, CC) e para consideração de ser digno de tutela jurídica. A razão jurídica garantidora da tutela reside exatamente no fato de que o negócio deve ser celebrado por razões que o ordenamento jurídico considera admissíveis e merecedoras de tutela, de proteção (MORAES, 2009, p. 296).

Assim, o contrato torna-se também instrumento de realização do projeto constitucional, na medida em que é funcionalizado: tutelado não em si mesmo, mas em razão da função – a ser socialmente relevante – que está dirigido a realizar. Por conta disso, embora, no mais das vezes, o ato de vontade persista na gênese do contrato, deixa de ser sua fonte de juridicidade: a vontade deixa de ter poder jurígeno por si só, o qual passa a residir na lei, como mecanismo de

atendimento de fins sociais (NEGREIROS, 2006a, p. 231). É o que destaca Fernando Noronha:

[...] o interesse primacial da questão do *fundamento da vinculatividade do contrato* consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido “querido”, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir *segurança* ao negócio celebrado (NORONHA, 1994, p. 82, grifo do autor).

Neste contexto, supera-se o debate tradicional entre as teorias da vontade e da declaração, pois a normativa aplicável ao contrato não será descoberta pela indagação de viés subjetivo ou mesmo psicológico sobre o desejo das partes envolvidas, tampouco pela atenção exclusiva à forma pela qual esta vontade foi declarada, mas será aquela que propicie maior conformidade entre a função concreta perseguida pelo ato de autonomia e os interesses tutelados pelo ordenamento. Será a normativa que de forma mais plena assegure os imperativos de justiça e solidariedade, atendendo à legítima confiança construída entre as partes e à repercussão social juridicamente relevante dos efeitos perseguidos (NORONHA, 1994, p. 86).

De fato, esta transformação da interpretação contratual, que não visa exclusivamente nem diretamente à descoberta da vontade, mas sim à função perseguida em concreto e o seu merecimento de tutela em acordo com o ordenamento, se revela, destacadamente, pela tutela da confiança criada, pela proteção das legítimas expectativas construídas entre as partes, exigência ética que se manifesta principalmente através do princípio da boa-fé.

Neste aspecto o Código Civil de 2002 foi claro ao grifar através de cláusulas gerais que não apenas configura, como observado, abuso da liberdade de contratar o seu exercício excedendo os limites imposto pela boa-fé (art. 187), mas também ao determinar que os negócios serão interpretados conforme a boa-fé (art. 113) e que esta deve pautar o comportamento dos contratantes (art. 422). A tripartição dos efeitos da boa-fé em função interpretativa-integrativa, criadora de deveres anexos e limitadora do exercício de direitos é bastante difundida entre nós e é especialmente ilustrativa do ponto que se expõe.

De um lado, toma-se como exemplo a imposição de deveres que não se ligam nem expressa nem implicitamente à declaração de vontade, mas são

impostos pela exigência do ordenamento no sentido da lealdade e retidão entre as partes. Assim, afirma-se que são deveres que “derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito” (LÔBO, 2005, p. 77-78). Vale referir ainda à posição de FRADA que, analisando as teses “contratualistas” sobre os deveres de proteção, afirma que “pode-se concluir que, em regra, o *acordo de vontades* não é causa jurídica dos deveres de proteção” (FRADA, 1994, p. 69) e mais adiante prossegue o raciocínio: “A *descontratualização* dos deveres de proteção representa, no termo do percurso realizado, um justificado descongestionamento do conteúdo dos contratos e uma depuração da sua eficácia enquanto acto de autonomia privada” (FRADA, 1994, p. 93, grifo do autor).

De outro lado, direitos ainda que expressamente criados pela vontade das partes terão seu exercício limitado nas situações em que este se mostrar incompatível com a cooperação e solidariedade de se esperar na relação contratual. Neste sentido, afirma-se que a incidência da boa-fé, ao “moldar o conteúdo normativo do vínculo”, tem por consequência “o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade” (SILVA, 2002, p. 53-54). Assim, o significado normativo do contrato não se constrói apenas na leitura da vontade declarada pelas partes: por vezes se constrói mesmo a despeito dela.

Isto é possível porque a normatividade do contrato encontra fundamento na lei, que vem a impor que o ato negocial seja absorvido pelo ordenamento como mecanismo de cooperação mútua em aplicação do princípio constitucional da solidariedade, concluindo-se que “a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam *de modo autônomo* os efeitos do comportamento, sem vinculá-lo à vontade das partes” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 399). É o que afirma também Moraes:

Pouco a pouco, ao longo do século XX, os juristas dos diversos países de *civil law*, uns antes, outros depois, foram fazendo a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração e desta para a teoria da confiança, numa evolução em direção ao plano da ética social e da solidariedade contratual. Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana e da solidariedade social no campo das relações privadas.

Neste campo, a concreta exigência de solidariedade, chamada de solidariedade contratual, foi construída com a finalidade de conter o exercício da autonomia privada (MORAES, 2009, p. 282).

Destaque-se, ainda, que mesmo no processo de configuração de tais deveres decorrentes da boa-fé e na determinação de sua extensão, a vontade não desempenha papel direto, mas apenas indiretamente, ao influir na configuração da função concreta que o contrato irá desempenhar, pois esta é que atuará em complementaridade com a boa-fé para individualizar as exigências éticas que preencherão o conteúdo normativo do contrato objeto da interpretação (MARTINS-COSTA, 1999, p. 418).

Finalmente, na forma em que se notabilizou em doutrina (AZEVEDO, 2000, p. 113-120; NEGREIROS, 2006b, p. 105-275), a nova principiologia contratual coloca ao lado da boa-fé e da função social do contrato o princípio do equilíbrio econômico, que manifestaria a exigência de justiça na troca de prestações estabelecidas entre as partes. Assim, novamente a autonomia privada, especificamente seu corolário de força obrigatória do contrato, ou intangibilidade do seu conteúdo, seria mitigada pela possibilidade de intervenção judicial, seja para a resolução do contrato ou para a revisão de seus termos, quando o negócio estabelecido se revelar desequilibrado de forma incompatível com os princípios fundamentais do sistema.

O que se desprende desta rápida menção é uma verdadeira “ressignificação” do âmbito da autonomia privada, uma liberdade “situada” especialmente na esfera contratual (MARTINS-COSTA, 2005, p. 43-44). O papel da vontade, embora permaneça determinante na gênese do contrato, não se mantém com a mesma relevância de outrora no processo de interpretação, uma vez que não é objeto da atenção do intérprete nem diretamente – já que somente será relevante a vontade de cada parte na medida em que contribuir para a construção objetiva da função concreta perseguida pelo contrato – nem exclusivamente – já que cabe ao intérprete assegurar adições e supressões de direitos e deveres à relação que se constitui de forma a atender aos imperativos colocados pelo ordenamento sob a forma de princípios constitucionais.

Portanto, a conclusão inevitável é a quebra dos fundamentos que justificariam uma drástica separação metodológica entre interpretação da lei e interpretação do contrato. Assim como a interpretação da lei, a interpretação dos contratos também se dirige à aplicação das normas estabelecidas pelo ordenamento, orientada pelos seus princípios fundamentais positivados

democraticamente no texto constitucional. Sua única peculiaridade é que a gênese da figura jurídica do contrato está em um ato de autonomia privada, espaço franqueado pelo ordenamento ao particular para a persecução de finalidades juridicamente merecedoras de tutela. De fato, não se trata de negar o papel da vontade na determinação do conteúdo normativo do contrato – fundamental, ainda que não suficiente, para identificar a função concreta do contrato – nem de relegar as normas do ordenamento que a reconhecem e tutelam, mas conciliá-las com as demais normas de forma a reconhecer e garantir a unidade que caracteriza o sistema que tem por fundamento único de validade o texto constitucional e nele encontra seus objetivos primordiais.

Dessa forma, a função perseguida pelo contrato, que guiará o processo interpretativo, não será pré-estabelecida pelo ordenamento de forma rígida, mas fixada em concreto pela atividade negocial. Esta peculiaridade, todavia, não é tão distinta das demais hipóteses de interpretação jurídica, nas quais ainda que não se tenha uma figura produzida por um ato de autonomia, também deverá o intérprete estar atento às características da realidade concreta a que se dirige a interpretação para determinar a normativa mais adequada.

Assim, conclui Pietro Perlingieri:

Nessa perspectiva, a distinção tradicional entre interpretação da lei e interpretação do negócio (do fato) tem apenas valor descritivo, não configura duas atividades que possam ser separadas com base na finalidade, no método ou no tempo (PERLINGIERI, 2008, p. 650).

2 SUPERANDO A FRONTEIRA ENTRE INTERPRETAÇÃO E QUALIFICAÇÃO

É a partir da quebra da ideia, de fundo neojusnaturalista-sociológico, de que o ato de autonomia seria a expressão de valores jurídicos de per se, existente e vinculante antes e fora do ordenamento (PERLINGIERI, 2003, p. 6), e também desta atenção a ser concedida pelo intérprete às características do caso concreto objeto de exame, que encontramos a segunda separação a ser relativizada. De fato, a interpretação é processo unitário não só no que diz respeito ao seu objeto (a lei ou o contrato), mas também no que diz respeito ao seu desenrolar (interpretação, aplicação e qualificação).

A doutrina tradicional costuma sequenciar em etapas, lógica e cronologicamente, o processo pelo qual o intérprete se conduziria do ato de

autonomia aos seus efeitos jurídicos. Assim, de modo geral já na dita interpretação da lei encontra-se uma recorrente fragmentação entre interpretação e aplicação. Entre os argumentos a seu favor, enunciar-se-iam três: primeiro, enquanto o objeto da interpretação são os textos dos enunciados normativos (já que a norma não se encontra pronta no texto, mas é resultado da própria interpretação), o objeto da aplicação são as próprias normas; segundo, enquanto qualquer pessoa pode ser sujeito da interpretação, a aplicação das normas é atividade restrita a determinados sujeitos; terceiro, a aplicação das normas abrange atividades que não se limitam à interpretação, tais como a qualificação e a decisão (GUASTINI, 2004, p. 13).

Na mesma linha, são regularmente apartadas interpretação e integração: enquanto a primeira consistiria na atribuição de significado a um texto normativo, a segunda consiste na formulação de normas não expressas para reger as hipóteses de lacuna, isto é, os casos não previstos em lei. Ressalte-se, todavia, que mesmo entre os autores que defendem tal distinção, GUASTINI indica que “*le due cose tendono fatalmente a sfumare l’una nell’altra*”, pois as conseqüências lógicas de uma norma fazem parte do seu conteúdo de significado e as normas não expressas são meras conseqüências de normas expressas (GUASTINI, 2004, p. 83).

Finalmente, é praxe distinguir a interpretação e a qualificação como se fossem duas atividades diversas tanto no que diz respeito ao seu objeto quanto no tocante ao seu momento: enquanto a interpretação seria o conhecimento do ato de autonomia, a descoberta do significado dos termos utilizados, sua reconstrução como fato histórico, a qualificação, lógica e cronologicamente posterior, seria a sua avaliação, a atribuição da veste jurídica, a subsunção do fato compreendido à *fattispecie* abstrata prevista pela norma (PERLINGIERI, 2008, p. 651).

Nenhum destes argumentos, todavia, é determinante para fundamentar a afirmação de que se trata de etapas distintas, muito menos autônomas, dentro do processo interpretativo, tanto em termos lógicos como cronológicos. Como se buscará destacar, trata-se apenas de aspectos de um processo que é contínuo e unitário, calcado pela circularidade fato-norma.

Como afirma Perlingieri (2008), a perspectiva de relativização destas divisões tem raiz na superação do modelo formalista da subsunção, que impunha a separação entre fatos e efeitos. Neste modelo, a realidade seria dada ao intérprete, ao qual caberia revelá-la como premissa menor e, em seguida, encaixá-la na premissa maior, a norma, de forma a propiciar-lhe a atribuição de

efeitos jurídicos. No entanto, a interpretação não é a compreensão de uma realidade pré-jurídica: a realidade é construída e reconstruída pelo intérprete, na mesma medida em que a norma é produzida a partir do cotejo entre o enunciado normativo e a totalidade do ordenamento, especialmente seus princípios fundamentais, e, continuamente, o diálogo entre o fato e a norma, o fato e a relação, o fato e seus efeitos. Neste sentido as palavras do autor:

Normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento: a interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, é a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o interpreta: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições (PERLINGIERI, 2008, p. 652).

Mesmo entre aqueles que afirmam a distinção entre questões de fato e questões de direito reconhecem a dificuldade em sua verificação:

Aqui a questão de facto e a questão de direito entrelaçam-se de modo quase indissolúvel: o modo como o juiz vem em última análise a julgar o evento concreto depende, em grande medida, de quais as circunstâncias que toma em consideração no seu julgamento e que, por isso, procura esclarecer em qualquer caso; a selecção das circunstâncias que há-de tomar em consideração depende, por sua vez, de se lhes atribuir ou não significado para a apreciação (LARENZ, 2005, p. 437).

Assim, se, como foi observado, o objeto da interpretação do contrato não é a vontade psíquica das partes envolvidas, mas o contrato como realidade simultaneamente social e jurídica, ele só pode ser interpretado à luz dos princípios do ordenamento, o que significa imiscuir-se na esfera da qualificação (PERLINGIERI, 2003, p. 6). Da mesma forma, sob esta perspectiva a integração não se dirige a adivinhar o que as partes desejariam ter disciplinado quanto àquela hipótese lacunosa, mas sim a determinar os efeitos que se atribuem ao contrato como fato, isto é, o impacto da relação jurídica que se constrói, sob a perspectiva funcional, como disciplina, regulamento de interesses (PERLINGIERI, 2008, p. 655). O movimento no sentido de tentar listar aspectos que envolvem o processo não pode implicar a caracterização de uma distinção rigorosa, lógica ou cronológica, entre eles.

A própria legislação revela como não se pode conceber a qualificação como etapa posterior e distinta quando fornece exemplos de dispositivos

regulatórios da interpretação cuja aplicação varia de acordo com a qualificação do contrato. Entre nós, é o exemplo do art. 114 do Código Civil, que impõe interpretação restritiva aos negócios jurídicos benéficos: a qualificação do contrato como benéfico condicionará a forma de sua interpretação, a qual não pode, conseqüentemente, configurar-lhe um antecedente lógico.

Assim, da mesma forma que “literal”, “lógica” e “sistemática” não são fases distintas, mas critérios e aspectos de um processo contínuo e unitário de interpretação, e do mesmo modo que interpretação e integração se inserem em um mesmo movimento da parte do intérprete, interpretação e qualificação também são apenas aspectos de um mesmo processo cognitivo:

Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fáctica a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma (LARENZ, 2005, p. 294).

Este processo abrange o conhecimento do ato, em suas peculiaridades juridicamente relevantes, mas também o conhecimento do ordenamento que com ele se coteja, de modo a ensejar a sua avaliação de merecimento de tutela, especialmente face aos princípios fundamentais. Esta avaliação se desdobra em determinar se o ato é ou não merecedor de juridicidade e também como será esta tutela em termos de normativa aplicável. Daí a conclusão de Pietro Perlingieri:

Do que foi dito, é oportuno sublinhar que a qualificação do negócio não pode prescindir da qualificação dos seus efeitos: recuperando à qualificação do contrato a qualificação da relação e dos efeitos, se supera a antítese entre fato e direito e entre fato e relação, isto é, entre fato e efeito. A qualificação nesta perspectiva se coloca como ponto de confluência entre a teoria do contrato e a teoria do efeito, como momento de superação da interpretação do contrato de um lado e da lei do outro, representadas como estranhas uma à outra. O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam (PERLINGIERI, 2003, p. 10).

O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de forma linear, sequenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir-e-vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos. Por conta da ausência de linearidade, da pluralidade de sentido, do processo interpretativo, difundiu-se entre nós, sob a influência heideggeriana, a imagem popularizada por GADAMER do “círculo hermenêutico” (GADAMER, 1997, p. 354). Ela claramente não quer dizer, no âmbito do direito, que o intérprete retorna ao mesmo ponto, mas que é a partir do diálogo contínuo fato-norma que se constrói a interpretação. Na explicação de LARENZ:

Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas (LARENZ, 2005, p. 286).

Esta concepção renovada do processo interpretativo se contrapõe frontalmente à sua arraigada visão formalista como processo subsuntivo, no qual, quanto à hipótese em exame, ao intérprete incumbiria verificar exclusivamente o enquadramento do contrato concreto à hipótese normativa – o “tipo contratual” – para determinar-lhe, em sequência, os efeitos jurídicos (LARENZ, 2005, p. 215). Destaque-se que reconhecer esta realidade do procedimento interpretativo é necessário até mesmo para aumentar as possibilidades de controle sobre ele. Persistir a concebê-lo como formalmente lógico e automatizado significaria insistir em limitações puramente formais que não satisfazem as exigências democráticas; ao contrário, ao reconhecer a liberdade argumentativa e os juízos de valor que são ínsitos ao processo decisório, impõem-se mecanismos de controle mais adequados, como a já referida fundamentação das decisões.

Neste sentido, vale referir, em especial, o importante papel, por vezes relegado, que desempenham os conhecimentos prévios do intérprete, a tradição na qual ele se insere e que, inevitavelmente, influirão no processo pelo qual ele atribuirá significado normativo ao fato. Trata-se do que se costuma referir por *pré-compreensão*, decorrente da impossibilidade de as categorias de conhecimento previamente possuídas pelo intérprete serem acabadas, anteriores ao momento cognoscente, e da indeterminabilidade prévia do objeto em si (GADAMER, 1997, p. 368). Esta disposição inicial do intérprete concebida como uma assunção originária de sentido, resultante do seu horizonte de expectativas, não pode tornar-se um preconceito e assim impedir a plena compreensão do fato, devendo, portanto, assim como os demais aspectos do processo interpretativo, ser explicitada na fundamentação da decisão (PERLINGIERI, 2008, p. 608).

Por outro lado, esta mesma *pré-compreensão* não apenas deve ser explicitada na fundamentação para que seja também objeto de avaliação crítica, mas também atua como mecanismo indireto de controle da liberdade criativa, pois se constrói normalmente a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente. No caso, por exemplo, a interpretação/qualificação do contrato será constantemente permeada pelos “princípios extraídos da doutrina e da jurisprudência, conhecidos, portanto, dos profissionais e estudiosos do direito”, o que “permite que a dialética se instaure dentro de limites que lhe retirem qualquer espécie de arbitrariedade, conferindo-lhe, inclusive, considerável fator de previsibilidade” (CAMARGO, 2003, p. 51).

Assim, constata-se que a formalização excessiva do processo de qualificação dos contratos – destacando-o como âmbito separado da interpretação da lei e etapa posterior à interpretação do contrato –, tendente a descrevê-lo como o enquadramento mecânico do contrato concreto em um tipo normativo abstrato, é incompatível com a realidade hermenêutica dos processos jurídico-decisórios.

Neste sentido deve reputar-se equivocado o entendimento consolidado na jurisprudência segundo o qual é admissível, em sede de recurso especial, a discussão da qualificação jurídica dos fatos que não exija reexame do suporte fático probatório, mas “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”, como enunciado na súmula n. 5 do STJ de 1990, ante indissociabilidade entre o processo interpretativo das cláusulas do contrato e o processo de qualificação jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle democrático do processo de interpretação e aplicação do direito pressupõe uma adequada compreensão de como se dá esse processo. Não é eficaz, para evitar decisões arbitrárias, aprisionar o intérprete em modelos rígidos e divisões artificiais, que não correspondem à realidade do processo cognitivo decisório. É mais adequado, para esse objetivo, reconhecer e explicitar os reais mecanismos de inteligência da ligação entre os fatos e a norma, de maneira a trazer à luz o que levou àquela decisão específica e permitir o debate acerca de tais fundamentos.

Neste sentido, destacou-se que a rígida separação entre interpretação da lei e interpretação do contrato, que tem raízes na dicotomia entre direito público e direito privado, deve ser relativizada diante da transformação da autonomia privada, funcionalizada à realização dos princípios gerais do ordenamento, em especial a normativa heterônoma que se insere no contrato a título de proteção da confiança. A diferenciação entre interpretação da lei e interpretação do contrato tem apenas valor descritivo, não configurando duas atividades diversas com base na finalidade, no método ou no tempo.

Também se constatou que deve ser relativizada a separação entre interpretação e qualificação como etapas lógica e cronologicamente distintas, pois, diante da superação do método da subsunção que separa fatos e efeitos jurídicos, constata-se que o processo interpretativo é contínuo e unitário, calcado pela circularidade fato-norma (a “espiral hermenêutica”). Somente a consciência desses processos permite a adequada satisfação da exigência constitucional e democrática de fundamentação das decisões.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

FRADA, Manuel António Carneiro. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano: Giuffrè, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a. p. 221-253.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile**. Napoli: ESI, 2003.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99-126.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no código civil e no código de defesa do consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Submetido em: 06/01/2015

Aprovado em: 15/04/2015

Como citar: KONDER, Carlos Nelson de Paula. **Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.47-62, jun.2015.

A responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho brasileiro

THE PRE-CONTRACTUAL LIABILITY IN BRAZILIAN LABOR LAW

* Nina Trícia Disconzi Rodrigues

** Juliano Gianechini Fernandes

Resumo: A conclusão de um contrato é precedida de uma fase de negociações, contatos entre as partes. Nas relações empregatícias o mesmo ocorre, porém a expectativa do trabalhador é sempre maior. Em virtude da não concretização do negócio contratual, há possibilidade de indenização por danos materiais e/ou extrapatrimoniais, sendo ônus do atingido a demonstração do dano ocorrido. As normas do direito privado devem adequar-se aos princípios jurídicos norteadores da ordem macrossocial, como o respeito à boa-fé.

Palavras-chave: Responsabilidade civil pré-contratual; Contrato de emprego; Boa-fé contratual.

Abstract: The conclusion of a contract is preceded by a phase of negotiations, and contacts between the parties. In employment relations, the same occurs, however the expectation of the worker is always greater. Due to the non-consolidation of the transaction contract, a possibility of compensation for material damages exists, and or off- balance sheet, the lien being reaching demonstration of damage done. The rules of Private Law must adapt itself to legal principles, guiding macro social order, such as the respect for good faith.

Keywords: Civil responsibility pre-contractual; Employment contract; Good faith in contract law.

* Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora executiva da pós-graduação em Direito do Trabalho CNEC-Gravataí. Professora CNEC-Gravataí E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

** Mestre em direito pela PUCRS. Professor na graduação e pós-graduação da CNEC-Gravataí. Advogado. E-mail: julianog@professor.facensa.edu.br

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa visa investigar o alcance da responsabilidade pré-contratual no ambiente laboral, na medida em que são cada vez mais frequentes as tratativas preliminares, nas relações jurídicas trabalhistas.

Justifica-se a importância do tema escolhido pela constatação de que, no meio industrializado e tecnológico contemporâneo, são cada vez mais frequentes os negócios em que as respectivas preliminares se alongam e adquirem importância, criando expectativa aos candidatos das futuras vagas de emprego, que a cada fase do processo seletivo, acreditam na possibilidade de serem os escolhidos.

Nessa ótica, cabe, à título introdutório, uma reflexão a respeito do que vem a ser um contrato e, principalmente; como se forma, a fim de se melhor entender o alcance e extensão da responsabilidade pré-contratual nos dias hodiernos.

Sabe-se, em termos singelos, que um contrato é um acordo de vontades, e que, por vezes, em consequência da “sociedade de massas”, essa vontade é apenas uma vontade de contratar; uma vontade, por assim dizer, mínima, a qual consubstancia o chamado contrato de adesão. Nessa medida, tem-se como escopo a verificação da incidência da responsabilidade pré-contratual nesse campo do direito.

Por outro prisma, serão analisados não só os fundamentos legais adotados pela legislação trabalhista, mas também os preceitos do Código Civil Brasileiro de 2002 aplicáveis ‘a seara laboral.

Irá se perquirir se os conceitos de boa-fé objetiva e função social do contrato devem influenciar a interpretação, também nas relações e trabalho e, em qual medida, isso pode ocorrer. Verificar-se-á também a recusa em contratar e a quebra das negociações preliminares, de modo a demonstrar a incidência do instituto em análise.

Hoje, mais do que nunca, pode-se falar das obrigações assumidas como partes de um processo, de deveres anexos que se sobrepõe e assumem a mesma importância dos deveres principais, em uma relação jurídica, em um processo obrigacional.

Por outro lado, nota-se que o desenvolvimento da publicidade, do marketing, e dos meios de comunicação modernos, como a internet, ao mesmo tempo em que ampliaram as relações de consumo, tornaram necessárias uma série de reflexões sobre a necessidade e as consequências daí advindas, das

negociações anteriores ao contrato definitivo, especialmente sob a ótica laboral, onde carecem pesquisas nesse sentido.

1 A FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

O contrato de trabalho possui antecedente no Direito Romano, mais precisamente na idade antiga na *locatio conductio operarum*, modalidade contratual onde havia a prestação de serviço por uma pessoa com remuneração fixada em vista do tempo gasto, não o resultado do trabalho, arcando o credor do trabalho com os riscos.

Se verificados os conceitos de empregado e empregador nos artigos 3º e 4º da CLT, vê-se que estão devidamente enquadrados na situação acima, porém, é claro, com acréscimos devido à evolução da sociedade. Há de se ressaltar ainda no mesmo sentido, o artigo 4º na norma obreira, consolidando a teoria do tempo à disposição para estabelecer o período mínimo em que o trabalhador deve estar no local de trabalho para receber sua remuneração, exercendo atividades, ou simplesmente ao dispor da empresa.

Utilizando a norma trabalhista para conceituar o contrato de trabalho, pode-se afirmar, de acordo com os artigos 442 e 443 da CLT, que se trata do acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego, por prazo determinado ou indeterminado.

O contrato de emprego é, em primeiro lugar, gerado de acordo com a necessidade dos empregadores, moldando-se inicialmente de acordo com a situação fática estabelecida pelo empresário. Em suas características, diz-se em primeiro lugar que é *intuito persone*, portanto personalíssimo, tratando-se de obrigação infungível.

Em segundo lugar, o contrato de trabalho é negócio comutativo, sinalagmático e oneroso para ambas as partes, pois contém obrigações certas e determinadas para empregado e empregador, nitidamente com valor econômico. Obrigações que se renovam periodicamente haja vista tratar-se de relação de trato sucessivo, sendo esta a terceira característica a se chamar atenção.

Há de se dizer também que o contrato de emprego é consensual, visto que nenhuma das partes, ao menos em regra, tem obrigação de celebrar o negócio. Ao final das características, importante mencionar que o contrato de emprego se desenvolve tendo por base a legislação como forma de proteção ao elo mais fraco, ou seja, o empregado.

Como todo negócio jurídico, para a formação do contrato de emprego é necessário ver se a relação atende aos ditames do artigo 104 do Código Civil, ou seja, capacidade, objeto lícito, possível ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Ensina Enzo Roppo (1988, p. 8-9) que a substância real de qualquer contrato pode ser resumida na ideia de operação econômica. Há, por assim dizer, uma “captura” das operações econômicas pelo direito.

Por outro lado, a proposta e a aceitação de um contrato (e das declarações de vontade, de uma forma geral) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia de palavras: basta apenas a presença da vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a este se tenciona dar. É o chamado *princípio da liberdade de forma*.

A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de “negociações”, a fase, pode-se dizer, do “contato”. Nessa fase as partes discutem termos e condições do negócio, a fim de procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas e por ambas possa ser aceito.

Se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio e conjugação de interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, no entanto, as negociações falham e o contrato não se conclui.

Ademais, no que diz respeito às relações de emprego, muitas vezes, no universo contratual, a conclusão dos contratos não representa o êxito das negociações, de uma discussão livre e paritária entre os contraentes, sobre cada uma das cláusulas, mas é, antes de tudo, o fruto de uma imposição unilateral de um contrato pré-fixado antecipadamente por uma das partes, geralmente sob a forma de modelo impresso – à outra parte, que se limita a aceitá-lo. Isso também ocorre geralmente nas relações de consumo.

Seja nas hipóteses em que se chega à formação do contrato, seja nas hipóteses em que as negociações se interrompem sem uma conclusão útil, pode acontecer que, no decurso das mesmas, uma das partes se comporte de modo desleal e, atendendo apenas a seu próprio interesse e ao seu próprio proveito, tome iniciativas que prejudiquem injustamente a outra parte.

Como exemplo, se pode citar aquela empresa que esgotou suas fases de seleção dos candidatos confirmando que a vaga iria ser preenchida por um dos

concorrentes. Após novas diretrizes da empresa em meio ao processo seletivo, foi decidido que não mais era necessário contratar para a função que abriera vaga. O candidato, mesmo após ser aprovado, não será contratado.

Ou o comportamento de A que, maliciosamente, prolonga as negociações e, depois de ter incutido na outra parte, B, confiança, em torno da segura conclusão da contratação, interrompe-as bruscamente para fazer o negócio com C, com o qual já estava negociando, às ocultas de B. Aqui vai se consubstanciar a recusa de contratar.

2 OS FUNDAMENTOS E A EVOLUÇÃO NA DOCTRINA DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Récio E. Cappelari (1995, p. 19) informa que no final do século XIX, Jhering foi o primeiro escritor a realizar um estudo sistemático da responsabilidade pré-contratual. Formulou, então, a doutrina da *culpa in contrahendo* ou *responsabilidade pré-contratual*.

Maria C. Cachapuz (1999, p. 67) explica que, pelos estudos do jurista alemão ainda não era, naquela época, possível se compreender a necessidade de ressarcimento imposta por prejuízos causados na fase preparatória de um contrato ao quadro geral da responsabilidade civil, polarizado entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Assim, se por um lado os prejuízos verificados decorrem de um interesse específico na formação de um determinado negócio jurídico, por outro, não se poderia ainda falar em concretização desse negócio jurídico, uma vez que ocorrida, justamente, uma ruptura das negociações pretendidas. A dificuldade reside no fato de, na fase pré-contratual, não ser reconhecida ainda a existência de um vínculo jurídico entre as partes, mas decorrerem os danos de uma tentativa de formação desse vínculo.

Nessa esteira, Jhering teve como ponto de partida a seguinte questão: “Se um sujeito deu causa, por culpa sua, à nulidade de um contrato, deve ou não ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do mesmo?” (apud CAPELARI, 1999, p. 19).

Portanto, a construção jurídica da *culpa in contrahendo* surgiu porque quem sofria prejuízo por haver confiado na validade de um contrato que outrem, por sua causa, havia tornado inválido, não tinha meios jurídicos para resguardar o seu direito de ressarcimento, o que feria o “sentimento comum de justiça”. Seria uma espécie de culpa anterior à formação do contrato, assim Jhering

visou tutelar a confiança recíproca que deve presidir a conduta das partes durante todo o tráfico jurídico.

Nessa construção da responsabilidade contratual *culpa in contrahendo*, extrai-se que somente os contraentes podem incorrer nessa espécie de culpa, pois pressupõe-se a vinculação estrita entre as partes, que o fim colimado entre os sujeitos seja o de formação de um contrato. Após os estudos de Jhering, seguiram-se os de Faggella, que foi o segundo grande tratadista da responsabilidade pré-contratual, tendo o mérito de introduzir o tema no campo da doutrina latina.

Informa Maria C. Cachapuz (1999, p. 69) que a ideia lançada por Fagella foi aperfeiçoada por Saleilles, na França, com a inclusão do elemento da boa-fé como fonte de responsabilidade pré-contratual. Prescinde-se, pois, do elemento da culpa, em verdade, para a verificação do dever de reparar. O que se torna fundamental é avaliar o grau de confiança depositado pelas partes contratantes no período das tratativas negociais, a fim de se ver caracterizada a responsabilidade pré-contratual.

Todavia, após esses tratadistas, houve certo abandono do assunto, e apesar da doutrina de Jhering ser brilhante, faltava ainda resolver tópicos importantes, como o fundamento da obrigação de ressarcir, a extensão do período que alcança a responsabilidade pré-contratual, a extensão do ressarcimento e tantos outros assuntos atinentes à matéria ainda indefinidos.

Uma das críticas, a nosso ver, mais contundentes à teoria de Jhering diz respeito ao fundamento do ressarcimento estabelecer-se com base na culpa, o que poderia deixar a descoberto os casos em que não havia culpa.

Também houve os que questionaram o seguinte: ou a responsabilidade é contratual ou extracontratual, não concebendo que antes que o acordo tenha lugar, possa dar ensejo a qualquer responsabilidade. Essa ideia da *culpa in contrahendo* hoje é chamada de responsabilidade extracontratual, conforme os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil de 2002.

Roberto H. Brebbia, (1957, p. 36-38) cumpre salientar, entende que se o contrato não chegou a concluir-se, contrato não houve, nem há, por via de consequência, responsabilidade contratual. Que o fundamento da obrigação de indenizar reside na culpa, e que essa culpa é da mesma natureza que os atos ilícitos. O artigo 1198 do Código Civil argentino contempla expressamente o princípio da boa-fé.

Entende-se que o fundamento da responsabilidade pré-contratual deve ser inferido, principalmente, consoante o direito positivo de cada país, e nos

filiamos à corrente segundo a qual a responsabilidade, nesses casos, advém do comportamento das partes, de uma ofensa ao princípio geral de não lesar – *neminem laedere*. Nesse passo, cumpre salientar que o comportamento das partes deve ser pautado pela observância ao princípio da boa-fé objetiva, como um dever lateral ou correlato de conduta, em face da obrigação principal.¹ (NORONHA, 1994, p. 147).

Assim, consta do art. 1337 do Código Civil italiano, de 1942: “as partes, no decurso das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”. (ITALIA, 2012). Logo, da violação desta obrigação e dos danos daí derivados para a contraparte resulta a chamada *responsabilidade pré-contratual*. Importa ressaltar que esse artigo consubstancia uma cláusula geral, possibilitando a configuração de uma gama ilimitada de hipóteses de configuração da responsabilidade pré-contratual.

A ruptura das negociações, para ensejar indenização, precisa ser injusta e arbitrária.

Como se mede o ressarcimento devido à parte lesada?

Para Roppo, (1988, p.96-109) a parte lesada tem direito à indenização que corresponda às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, que depois foram injustificadamente interrompidas pela contraparte.

Não se pode esquecer que em face da constitucionalização do direito civil, em se tratando das relações negociais, há uma ênfase na boa-fé e na função social do contrato. Assim, mesmo não havendo previsão legal específica para essa espécie de responsabilidade, a doutrina e a jurisprudência pátrias, por meio de uma interpretação sistemática e principiológica, a admitem.

Por outro lado, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 427, estabelece o princípio da vinculação ou da obrigatoriedade da proposta, que determina que a proposta de contratar, regra geral, obriga o proponente. Trata-se a aceitação, por sua vez, da aquiescência, por uma das partes, a uma proposta anteriormente formulada pela outra. Cumpre observar que o contrato só se forma com a junção destas últimas fases, com a reunião entre a proposta e a aceitação.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, (2009, p. 90) neste momento prévio “[...] as partes discutem, ponderam, refletem, fazem cálculos, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim, contemporizam interesses

¹ Recomendável para um maior aprofundamento do tema: a boa-fé contratual e seu alcance, função interpretativa da boa-fé, função integrativa da boa-fé e função de controle.

antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva.” Sílvio Venosa (2012, p. 474) entende que

[...] em qualquer situação em que se avalie a hipótese de uma responsabilidade anterior ao contrato, deve preponderar o exame da quebra de confiança. [...] o que responsabiliza é a recusa arbitrária de contratar. Não se trata exatamente de uma responsabilidade pré-contratual, porque contrato ainda inexistente, mas de um aspecto da responsabilidade aquiliana que tem a ver com o universo contratual. Há sempre a necessidade de analisar o caso concreto e a questão deve-se resolver em perdas e danos.

A maioria dos estudiosos concorda com Venosa na adoção da teoria da responsabilidade extracontratual. Tradicionalmente se defende que na responsabilidade civil pré-contratual, regra geral, há a exigência da culpa, em sua modalidade *in contrahendo*.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro afirma que apenas há a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Há possibilidade de se dispensar a exigência da culpa, quando o dano advém da quebra da boa-fé objetiva? Acredita-se que esse aspecto necessita de aprofundamento doutrinário.

Há também a diferenciação legal entre responsabilidade civil pré-contratual e a responsabilidade que surge do descumprimento de uma modalidade contratual: o contrato preliminar, previsto nos artigos 462, 463 e 464 do Código Civil. Segundo Venosa:

[...] não se deve confundir as negociações preliminares com o contrato preliminar, como regra as negociações preliminares não geram direitos. Todavia, quando falamos em responsabilidade pré-contratual ela decorre justamente dos danos causados na fase de negociações, fora do contrato, indenizáveis sob a égide do art. 186. Na esfera dos negócios mais complexos, é comum que as partes tenham considerações prévias, ou firmem até mesmo um protocolo de intenções, mas nessas tratativas preliminares ainda não existem os elementos essenciais de um contrato [...] o pré-contrato tem força vinculante, maiormente sentida quando a promessa é irrevogável, pode ser até mesmo exigida judicialmente a conclusão do contrato definitivo. (VENOSA, 2012, p. 418).

A responsabilidade civil pré-contratual, por sua vez, surge quando há dano causado a uma das partes, em razão de um rompimento injustificado pela parte que criou no lesado a expectativa de contratação.

À jurisprudência cabe um papel fundamental na explicitação e no desenvolvimento dessa espécie de responsabilidade, o que vem ocorrendo. Citam-se, a título exemplificativo, decisões que privilegiam a confiança e a boa-fé, na linha de interpretação preconizada por Reale (1999).

RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE “PONTO COMERCIAL”. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. LUCROS CESSANTES NÃO CONFIGURADOS. I - Os contratantes devem agir com transparência, lealdade e probidade, inclusive na fase pré-contratual, respeitando a boa-fé objetiva que rege as relações contratuais. Hipótese na qual houve omissões a fatos essenciais à celebração do contrato, atitude que não se coaduna com a conduta esperada nas relações jurídicas, dando causa ao rompimento do pacto e ao dever de indenizar, forte no art. 187 e 927, ambos do Código Civil. II - Omissão quanto ao real faturamento do negócio, bem como sobre a possibilidade de o imóvel ser posto a venda justificam a indenização da autora ao dano moral experimentado. As adversidades sofridas pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. III - Manutenção do montante indenizatório considerando a conduta da parte ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. IV - Considerando que a autora investiu em reformas no imóvel para continuar explorando o ponto comercial e que isto não foi possível, em razão da venda do imóvel, patente é o dever de indenizar o dano material. V - [...] a aquisição de um empreendimento, de uma empresa ou de um ponto comercial não gera automaticamente certeza de lucro ou ganhos. Assim, o montante que a autora alega ter deixado de perceber trata-se de uma previsão de faturamento que lhe foi passada, mas não de um ganho certo que percebia e deixou de perceber por um ato praticado pelas rés. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70048335574, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 19/07/2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRA LITERÁRIA. ROMPIMENTO DO CONTRATO AINDA NA FASE DS TRATATIVAS. BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL INEXISTENTE. I - Os contratantes devem agir com transparência, lealdade e probidade, inclusive

na fase pré-contratual respeitando a boa-fé objetiva que rege as relações contratuais. Hipótese na qual a inclusão de pessoa como coautora de obra literária, de forma arbitrária, não transparente e quando já avançadas as tratativas para a confecção do livro, não se coaduna com a conduta esperada nas relações jurídicas, dando causa ao rompimento do pacto e ao dever de indenizar, forte no art. 187 e 927, ambos do Código Civil. II - O rompimento da negociação, após três meses de tratativas, inclusive com captação de recursos junto aos patrocinadores, realização de todas as etapas preliminares, tais como aprovação do protótipo, preparo da divulgação, etc. acarreta dano moral indenizável. As adversidades sofridas pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. III - Manutenção do montante indenizatório considerando o equívoco dos réus, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. IV - O dano material não se presume. In casu, pelo que restou acordado entre as partes, o recebimento dos valores estava condicionado à venda dos livros. Assim, se trata de um lucro hipotético, imaginário, o qual não se coaduna com o lucro cessante. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70045843901, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 16/02/2012). (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Em ambos os casos colacionados acima, verifica-se a observação com rigor de violação do princípio da boa-fé contratual, mesmo em sede de pré-contrato, pois trata de elemento objetivo das relações contratuais brasileiras, ratificado pela legislação pátria. Afirmam que as ações, mesmo nas tratativas anteriores à assitura derradeira de um contrato, deve observar os deveres de transparência, lealdade e probidade entre as partes. Portanto, a possibilidade de indenização aos prejudicados pelos danos causados de forma patrimonial e extra-patrimonial restou configurada no entendimento dos julgadores.

3 O CONCEITO E A ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL ÀS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

Em princípio, cumpre que se façam algumas considerações acerca do termo “responsabilidade pré-contratual”. A expressão “responsabilidade pré-negocial” mostra-se mais correta, pois sabe-se que o problema transcende o puro domínio dos contratos, abrangendo os negócios jurídicos unilaterais e, inclusive, os quase negócios jurídicos ou atos quase negociais (interpelação do devedor, notificação de cessão, entre outros).

No entanto, a expressão “responsabilidade pré-contratual” congrega a preferência dos autores, o que se justifica pela circunstância de os contratos serem o domínio de eleição do instituto. Importa frisar que o negócio jurídico é um gênero do qual o contrato é apenas uma espécie. Fernando Noronha (2007, p. 64) assim conceitua responsabilidade pré-contratual:

Consiste na obrigação de reparar os danos derivados da conduta de uma das partes, nas negociações preliminares de um contrato, quando se crie na contraparte, com uma conduta desleal, a convicção de que o negócio se realizaria e seria válido, assim levando esta a realizar despesa para poder cumprir a sua parte no negócio, a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios.

Adota-se esse conceito, por ser amplo, abordando, inclusive, os casos de responsabilidade pré-contratual objetiva, quando há responsabilidade decorrente de fato de outrem, como a do preposto e do menor. Inclui-se na definição, para os fins desse estudo, a responsabilidade pré-contratual decorrente das relações empregatícias, no que diz respeito ao procedimento de seleção dos candidatos às vagas oferecidas pelas empresas.

De outro prisma, em caráter preliminar, cuida-se de não se confundir responsabilidade pré-contratual com o denominado pré-contrato. A sua violação gera, pois, a responsabilidade própria do não cumprimento de um contrato, pois o pré-contrato, na verdade, tem natureza contratual. Ele é muito utilizado em nosso país, e como exemplo podemos citar a promessa de compra e venda.

Mário Júlio de Almeida Costa² (1984) coloca três situações aptas a ensejar a indenização, no concernente à responsabilidade pré-negocial, quais sejam:

- a) ausência ou não conclusão de um contrato cujas negociações se iniciaram;
- b) celebração de um contrato ferido de invalidade ou ineficácia;
- c) conclusão de um contrato válido e eficaz, em que surgiram das respectivas negociações danos a indenizar.

Porém, a doutrina não é unânime quanto à qualificação dessas situações como de responsabilidade pré-contratual. Fernando Noronha (2007, p. 66) entende que tanto a interrupção injustificada das negociações preliminares como

² Comentários a um acórdão do STJ, datado o julgamento de 05/02/81, p. 36 e seguintes.

a violação dos demais deveres de conduta que recaem sobre as partes durante tais negociações, caracterizam sempre infração ao princípio da boa-fé.

Entende-se que há requisitos necessários e suficientes a ensejar a incidência da responsabilidade pré-contratual, quais sejam: confiança na realização do futuro negócio; poder-se atribuir uma justificação para a confiança; essa confiança ter sido gerada pela contraparte ou por quem o represente; quebra imotivada dessa confiança a partir da violação de qualquer dever de conduta; a ocorrência de um dano e a relação de causalidade.

No que tange às relações empregatícias, há situações que realmente podem configurar constrangimentos envolvendo candidatos e empregadores, tendo em vista a espécie ímpar e peculiar que envolve o contrato de emprego, por sua origem desequilibrado ante a hipossuficiência dos empregados e candidatos à vagas de emprego perante o poder econômico do empregador.

Nas tratativas prévias à contratação dos funcionários, é perfeitamente possível que as empresas recebam informações sobre o histórico profissional dos candidatos, suas experiências e qualificações. (PAMPLONA FILHO, 2013).

Dessa forma, parafraseando entendimento de José Affonso Dallegrave Neto (2005), verifica-se que um possível dano não decorre do contrato de emprego, e sim de um dever de conduta na fase pré-contratual, impondo-se a observância do princípio da boa-fé positivado no artigo 422 do Código Civil brasileiro.

Ocorrendo o dano pela não contratação, ou seja, não celebração do contrato de emprego, violou-se o vínculo onde se estabeleceu efeito vinculante entre candidato e empresa. Assim, verifica-se que a responsabilidade civil, pela conduta ocorrida na fase pré-contratual, decorre da quebra do dever da boa-fé, enquadrando-se de forma emergente na responsabilidade contratual. O fato pode gerar danos materiais e até mesmo morais ao atingido, no que diz respeito às despesas e prejuízos relativos à não realização do negócio jurídico. Diz José Affonso Dallegrave Neto (2007, p. 106):

O interesse contratual positivo abrangem-se todas as conseqüências da ineficácia de um contrato supostamente válido, havendo interesse na própria execução do contrato. Já o interesse contratual negativo atinge apenas o prejuízo traduzido no que a parte perdeu ou deixou de ganhar em fase da negociação encetada e posteriormente frustrada pela parte adversa; geralmente são despesas que sofreu para se credenciar negociação ou em razão do tempo que gastou (dano emergente), abrangendo também as oportunidades imediatas que deixaram de se concretizar (lucro cessante) em face da frustrada quebra ou vício contratual da parte contrária.

No que diz respeito aos danos extra-patrimoniais, há prática nas seleções de empregados, o uso de exames físicos e testes psicotécnicos totalmente subjetivos com intuito de investigar a personalidade dos candidatos não só para o desenvolvimento da atividade profissional, mas se costumes pessoais poderão ou não interferir. Dependendo da forma como estão sendo aplicados os testes, podem causar danos morais passíveis de indenização por violação à intimidade e honra das pessoas configurando-se prática discriminatória. (BARROS, 1997).

No entanto, é preciso ressaltar que não há que se falar em indenização na fase pré-contratual sem que ocorra a demonstração dos prejuízos causados. Não trata-se de dano moral objetivo (*in ré ipsa*), sendo ônus do candidato a demonstração do fato e suas consequências negativas.

4 ASPECTOS DESTACADOS DA BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Mister se faz ressaltar, em primeiro lugar, que a boa-fé se apresenta sob dois enfoques, o objetivo e o subjetivo. Cogita-se, nesse estudo, a boa-fé objetiva, que conduz os contratantes à honestidade, lealdade e correição.³ A boa-fé objetiva é princípio consagrado expressamente pelo Código Civil Brasileiro, que, em seu art. 422, exige seja a mesma observada pelos contratantes, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução.

Nesse passo, cumpre salientar que o Código Civil alemão, dentre os examinados da doutrina estrangeira, é o que melhor desenvolve a doutrina da responsabilidade pré-contratual. Assim, no sistema tedesco a responsabilidade pré-contratual decorre da força do compromisso do contato social, de uma responsabilidade pela confiança aludida.

De outra banda, cumpre ressaltar que também no Código de Defesa do Consumidor há o princípio da boa-fé objetiva, ou a chamada cláusula geral da boa-fé,⁴ refletida em inúmeros artigos. Pode-se citar, por exemplo, o artigo 51,

³ Note-se que há diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, uma vez que a boa-fé subjetiva é o oposto da má-fé. Consubstancia-se “na intenção de lesar a outrem, ou seja, um ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito, (sendo) aplicável em regra, ao campo dos direitos reais, principalmente em matéria possessória. Já a boa-fé objetiva traduz um modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando com honestidade, lealdade e probidade.” Ver: Martins-Costa (2000. p. 410).

⁴ Para um perfeito entendimento sobre cláusula geral, recomenda-se a leitura do artigo *O direito privado como um “sistema em construção”*, da professora Judith Martins-Costa, disponível na internet, no site do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ver em: Martins-Costa (1998, p. 129-154).

IV que tipifica várias hipóteses legais de deveres que, se não tivessem sido previstos na lei, incluir-se-iam no âmbito da concreção da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé na formação contratual pode não só se consubstanciar numa regra genérica, mas também se desdobrar em regras específicas, tais como o dever de informar a contraparte, dever de manter sigilosas as informações, dever de cooperação.

Pode, no observar do professor Azevedo, (1996, p. 27) ocorrer a caracterização da responsabilidade pré-contratual também por parte do consumidor:

[...] na hipótese do pedido de reserva do produto, antes de qualquer contrato, [...] o consumidor que, despertada a confiança do fornecedor, depois a frustra, não indo buscar o produto, pode causar prejuízo; o fornecedor, por sua vez, se promete a reserva e, depois, não a faz, também pode causar dano ao consumidor.

Por outro lado, no Código de Defesa do Consumidor, há várias regras impondo o dever de informar. Para exemplificarmos, podemos citar o art. 6º do CDC, que entre os direitos básicos do consumidor, inclui “o direito à informação”. Assim, entende Mário Júlio de Almeida Costa (1992) que a responsabilidade pré-contratual, em sua plena dimensão, deriva do princípio fundamental subjacente ao ordenamento jurídico: o da boa-fé.

Há, pois, infrações aos deveres de conduta, de portar-se conforme a boa-fé. A boa-fé deve ser o norte dos que estão em processo de tratativas, ela deve limitar, deve ser a fronteira do princípio da liberdade negocial. A ofensa à boa-fé objetiva constitui o suporte fático suficiente a caracterizar a responsabilidade pré-negocial. Interessante opinião acerca da responsabilidade pré-contratual é a esposada por Ricardo Lorenzetti (1998, p. 536):

Há antes que se aperfeiçoe o consentimento, no período das negociações, há obrigações de informação, de lealdade, de boa-fé, cuja origem legal é evidente, e cujo descumprimento dá origem à responsabilidade pré-contratual. [...] A negociação foi, tradicionalmente, um espaço de irrelevância normativa, já que é lícito comerciar, e em consequência, não contratar. Mas enquanto esse contato social produz uma expectativa, cuja frustração resulta danosa na esfera de interesse da outra parte, há responsabilidade. [...] A responsabilidade pré-contratual distribui os riscos econômicos da negociação de uma maneira distinta da que faz a autonomia privada.

Ele quer dizer que a malandragem, a astúcia negocial sofre um recorte, já que está limitada pela boa-fé. Ao passo que a vetusta autonomia da vontade não tinha esse limite.

Após ter criado uma justificativa, frente à conduta seguramente indicativa que determinado comportamento previsível e futuro ocorreria, uma parte frustra a expectativa e fere os princípios de lealdade e confiança, havendo assim a ruptura da boa-fé em razão da surpresa e do prejuízo causado à contraparte.

Nesse sentido, para um entendimento mais amplo da problemática da responsabilidade pré-contratual, à guisa de exemplificação, cita Maria Cristina Cereser Pezzella (1997, p. 54) os seguintes casos: Em uma prestação positiva, como a entrega de um cavalo para o dia primeiro do próximo mês, não se deve apenas atentar para a execução da atividade que o credor procura imediatamente, vale dizer, a entrega da coisa devida, pois existe mais: o devedor deve também omitir tudo aquilo que puder frustrar ou pôr em perigo a satisfação da obrigação (por exemplo, fazer o cavalo trabalhar excessivamente). Deve, igualmente, adotar medidas positivas que resultem na conservação da possibilidade da prestação, como alimentar e passear com o cavalo. O mesmo se dá quando estamos diante de uma obrigação negativa. É o que ocorre quando, por exemplo, a parte atribui a seu vizinho um direito pessoal que permite a ele a utilização do caminho de sua propriedade para atingir a via pública, estando por isso obrigada, conforme a boa-fé objetiva, a adotar medidas de caráter positivo que permitem o exercício do direito de passagem, sobretudo, deixando a porteira aberta durante o tempo necessário.

Na Apelação Cível nº 591028295, caso julgado pela 5ª Câmara Cível do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu-se a existência da responsabilidade pré-contratual por parte da Companhia Cica que, costumeiramente, adquiria dos autores, agricultores gaúchos, toda a sua produção de tomates. Porém, diferentemente da conduta habitual, na safra de 1987/88, apesar de ter fornecido as sementes para o plantio, recusou-se a adquirir a produção, o que se deu de forma imotivada.

Esse é um nítido caso jurisprudencial de aplicação da boa-fé objetiva.

Convém notar, outrossim, que, quando visualizamos a obrigação como um processo dinâmico, constata-se que os deveres secundários da relação contratual não se constituem *numerus clausus*; eles podem, inclusive, surgir antes da contratação, na fase do “contato social”. Logo, os deveres secundários ou anexos podem surgir antes da efetiva conclusão do contrato e

supõem, em regra, uma obrigação existente.

Com essa transformação, as normas do direito privado devem adequar-se aos princípios jurídicos norteadores da ordem macrosocial, como o respeito à boa-fé. Entende-se, nesse passo, que a indenização, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, uma vez consubstanciados os pressupostos a ensejar a indenização, deve ser integral, compreendendo não apenas o dano efetivo, como também o que a pessoa deixou de ganhar em razão da confiança depositada para a execução do negócio futuro e, se for o caso, também a reparação moral, consoante o artigo 5º, X da Constituição.

O âmbito da responsabilidade pré-contratual vai até a celebração do contrato, quer o definitivo, quer um contrato preliminar, como é o compromisso de compra e venda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em princípio, cumpre salientar que a importância da responsabilidade pré-contratual cresceu muito nos dias hodiernos e que o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual é o descumprimento da boa-fé objetiva e, por conseguinte, dos deveres contratuais acessórios que dela decorrem, especialmente nas relações empregatícias.

Por outro lado, hoje predominam os contratos continuados: contratos bancários, de cartões de crédito, de saúde, de telefone e luz elétrica. Isso contribui para que a responsabilidade pré-contratual adquira uma nova dimensão e importância.

O princípio da boa-fé objetiva deve ser sempre observado, na medida em que vai ao encontro de necessidades éticas essenciais e os magistrados devem estar atentos a essa peculiaridade hodierna.

Ademais, em virtude da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional, aqui abrangendo as relações de emprego, passou-se a ter em alta consideração a relação obrigacional como uma ordem de cooperação entre as partes, para satisfazer os interesses do credor com a necessária preservação dos interesses do devedor. Assim, a imagem da obrigação como dever de prestar, separando credor e devedor em dois pólos antagônicos, já se apresenta ultrapassada e insuficiente.

Hoje, quando se fala no “controle do contrato”, alude-se ao controle da licitude e, com efeito, foi precisamente esse tipo de controle que adquiriu maior relevo no campo contratual, a ponto de a recente história do direito

privado poder ser descrita como a história da progressiva e sempre mais penetrante restrição por obra do ordenamento na esfera de autonomia contratual privada.

Talvez, hoje, haja uma revalorização da responsabilidade pré-contratual, também em virtude da mudança no que condiciona o próprio nascimento da relação contratual, não mais fincado nas declarações de vontade válidas, mas sim com base no “contato social” que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. Leva-se em conta o complexo de circunstâncias e comportamento que as partes realizam, o que enseja, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos.

O “contato social” toma o lugar do contrato propriamente dito. Isso dá margem a uma revalorização, uma nova dimensão a essa peculiar espécie de responsabilidade, de modo que todos os prismas pertinentes à responsabilidade pré-contratual devem ser vistos sob a ótica da boa-fé objetiva, principalmente no contrato de emprego, por envolver hipossuficiência no tocante ao trabalhador ou candidato à vaga de trabalho ofertada.

Dessa forma, entende-se que o fundamento da responsabilidade pré-contratual não é contratual, porque ainda não há contrato, nem extracontratual, eis que, estando os contraentes em negociações, eles têm deveres específicos decorrentes do “contato social”, e sob a ótica da obrigação jurídica ser um processo, ou melhor, uma sucessão de tempos que são subordinados à boa-fé objetiva, nada mais natural e lógico que a boa-fé, em seu sentido objetivo, deva ser compreendida como o fundamento de tal responsabilidade.

Assim, à medida que evoluem os estudos no sentido de que os deveres de conduta devem pautar-se segundo a boa-fé, e que, inclusive, podem criar vínculos independentes entre as partes, e que ainda na fase do contato social pode haver a ocorrência de fatos capazes de gerar responsabilidade, aproxima-se, cada vez mais, a ideia de contrato associada a de responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 18, p. 23-31, maio/ago. 1996.

BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BREBBIA, Roberto. **Responsabilidad precontractual**: evolución de la doctrina, ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el derecho argentino. Rosario: V. P. Zavalia, 1957.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 65-86, dez. 1999.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual**: aplicabilidade ao direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **O direito das obrigações**. Porto Alegre: Ajuris, [1992]. Conferência ministrada em 13 nov. 1992. 1 cassete sonoro.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 1.

ITALIA. Il Codice Civile Italiano. In: THE CARDOZO Electronic Law Bulletin. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 1 out. 2012. Tradução livre.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 1 out. 2012.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 1 jul. 2013.

PEZZELLA, Maria Cristina. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 30, n. 78, p. 47-76, 1997.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 31 out. 2012.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Submetido em: 30/08/2013

Aprovado em: 27/12/2013

Como citar: RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; FERNANDES, Juliano Gianechini. **A responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho brasileiro**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.63-82, jun.2015.

A adequação da relação médico-paciente aos requisitos de validade do negócio jurídico: a relação médico-paciente como fenômeno jurídico

THE ADEQUACY OF DOCTOR PATIENT THE
RELATIONSHIP TO THE REQUIREMENTS OF VALIDITY
OF THE LEGAL TRANSACTION: THE DOCTOR
PATIENT RELATIONSHIP AS LEGAL PHENOMENON

* Silvio Romero Beltrão

Resumo: O presente trabalho tem o caráter interdisciplinar e pretende analisar a adequação da relação médico-paciente aos requisitos de validade do negócio jurídico. A relação médico-paciente necessita de uma visão completa quanto aos elementos e requisitos que constituem a sua validade na ordem jurídica. Como ponto de partida analisa a relação médico-paciente como fato jurídico, para em seguida verificar os requisitos de validade do negócio jurídico médico-paciente, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei. Investiga a manifestação da vontade como principal elemento do negócio jurídico para definir ao final a importância do estudo da relação médico-paciente pelo Direito, com base na Teoria Geral do Direito Civil.

Palavras-chave: Relação médico-paciente; Negócio jurídico; Requisitos de validade; Interdisciplinar; Medicina e direito.

Abstract: This work is interdisciplinary and aims to examine the adequacy of the patient-physician relationship to the requirements of validity of legal business. The doctor-patient relationship needs a complete overview on the elements and requirements that constitute its validity in law. As a starting point analyzes the doctor-patient relationship as a legal fact, to then verify the validity requirements of the patient medical legal business, capable agent, object and lawful manner prescribed by law. Investigating the manifestation of the will as the main element of the legal transaction to define the end of the study the importance of the doctor-patient relationship by law, based on the General Theory of Civil Law.

Keywords: Doctor-patient relationship; Legal business; Validity requirements; Interdisciplinary; Medicine and law.

* Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife, Mestre e Doutor pela UFPE, Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-FDUL. Bolsita da Capes. E-mail: silviorb@gmail.com

INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente não é um elemento estático da vida em sociedade. Para além da ideia de paciente como pessoa em busca de um tratamento para prover o seu bem estar físico e mental, e da ideia de médico como o profissional da medicina em quem repousam todas as expectativas do paciente, há a noção de relação jurídica a qual demonstra um caráter dinâmico nas ações praticadas pelas pessoas criando, modificando e extinguindo a realidade exterior.¹

Dentro da noção de fenômeno jurídico os fatos envolvendo o médico e o paciente são acontecimentos que criam, modificam e extinguem relações jurídicas, ou seja, produzem efeitos jurídicos, que se revelam a partir da caracterização do fato relacionado ao tratamento e a cura do paciente.

A conduta da pessoa humana através de suas ações são fatos jurídicos que modificam a realidade em sua volta (ASCENSÃO, 1999, p. 8). Tipicamente, o fato jurídico prestação de serviços médicos pode criar para o paciente o direito de ser respeitado quanto à decisão relativa ao tratamento que quer se submeter; pode permitir ao médico que se recuse a realizar determinado procedimento terapêutico que seja contrário aos ditames de sua consciência; e pode impor ao médico responsabilidade civil pelos danos causados ao paciente por imperícia, imprudência ou negligência. O Direito, em seu sentido objetivo, regula através de suas normas jurídicas as relações entre as pessoas na sociedade. A relação entre médico e paciente não escapa da regulação do direito, pois, os acontecimentos e eventos envolvendo essas pessoas são regidos por regras jurídicas, produzindo efeitos no mundo jurídico.²

¹ “Facto jurídico é todo facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (máxime da vida social) produtivo de efeitos jurídicos, ou - por outras palavras - todo o facto da vida real juridicamente relevante. Contrapõe-se ao facto simples, material ou neutro, que vem a ser todo o facto da vida real juridicamente indiferente, isto é, a que a ordem jurídica não liga quaisquer consequências. Assim: a cor dos olhos duma pessoa, a sua preferência por certa marca de cigarros ou por certo team de futebol, o facto de um indivíduo deixar em casa doutro o seu cartão de pêsames pelo falecimento de uma pessoa de família, de ir dar um passeio depois do jantar, etc. Tudo isto são factos da vida social ou real que, considerados em si mesmos, resultam completamente indiferentes ao direito. São portanto factos juridicamente irrelevantes, factos destituídos de eficácia jurídica, factos neutrais, sob o ponto de vista do direito - factos ajuridicos, em suma.”(ANDRADE, 1974, p. 1).

² Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICAÇÃO EQUIVOCADA. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM. O fornecimento de remédio equivocado acarreta dano moral indenizável, não sendo necessária a prova acerca do prejuízo. As adversidades sofridas pelo autor, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. Minoração do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o comportamento do demandante, as circunstâncias do caso concreto, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA (Processo: AC 0047186085 RS, Relator(a): Túlio de Oliveira Martins, Julgamento: 03/05/2012, Órgão Julgador: Décima Câmara Cível, Publicação: Diário da Justiça do dia 06/07/2012).

O presente estudo tem, pontualmente, o interesse de discutir os requisitos de validade do negócio jurídico envolvendo a relação médico-paciente, não se aventurando por outras disciplinas circunstantes da relação médico-paciente, as quais se conhecem, mas que não serão estudadas por questões de opção acadêmica e metodológica.

O ponto inicial que se pretende incorporar na mente das pessoas é o de que as relações entre médico-paciente estão classificadas como fato jurídico, sendo de interesse do direito o estudo da natureza desses fatos, em face das consequências de seus atos e ações, e em especial, neste caso, no estudo dos requisitos de validade.

Neste sentido, deve-se esclarecer a seguinte indagação: Tratando-se de um tema que envolve o comportamento da pessoa na relação médico-paciente, não deveria o estudo ser realizado por um médico, dentro da prática diária da medicina?

A princípio a resposta seria positiva. É certo que há detalhes e questões de ordem técnica e profissional que envolve a comunicação de uma doença, de um tratamento e de um procedimento invasivo que cabe ao médico ter o controle e saber lidar com as emoções do paciente.

Contudo, as expectativas sociais decorrentes da relação entre médico-paciente são fenômenos normatizados³ diante da necessidade da sociedade em estabelecer uma ordem que possa regular o comportamento das pessoas umas com as outras, em seu convívio diário na sociedade (FERRAZ, 1994, p. 103).

Assim, o comportamento⁴ do médico diante do paciente é tipificado por normas que configuram suas responsabilidades, deveres, faculdades e poderes (FERRAZ, 1994, p. 104)

Desta maneira, apesar de caber ao médico o reconhecimento da melhor forma de lidar com o paciente, este comportamento é juridicamente normatizado pela sociedade que aguarda que as ações e reações do médico sigam uma conduta previamente pensada, de modo que se estabeleça uma ordem, um procedimento expectado quanto ao seu comportamento.

³ “Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valoriza os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.” (MELLO, 2003, p. 7).

⁴ “Definimos comportamento como um “estar em situação. Quem está em situação transmite mensagens, quer queira quer não. Comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens, os quais também estão em situação. Donde, comportamento é troca de mensagens, comunicação. Essa troca de mensagem é o elemento básico da sociedade, do sistema social.” (FERRAZ, 1994, p. 104).

Há assim fatos relevantes na relação médico-paciente, que em face de sua importância nas relações sociais recebem da ordem jurídica um tratamento especial, imputando efeitos jurídicos quanto ao seu resultado.⁵

A relação médico-paciente é um fato social relevante para as pessoas, assim, em razão disto, o Estado edita normas jurídicas com o objetivo de que a conduta prevista seja a mesma adotada por seus destinatários.

A normatização do comportamento humano, da qual não escapa a relação médico-paciente, busca conter o caráter individualista do ser humano, pois, se cada pessoa pudesse agir segundo as suas próprias razões, sem regras que evitassem os conflitos de interesses, as relações na sociedade seriam incontroláveis, por isso que a exigência de normas de conduta para a sociedade de forma obrigatória e incondicional visa garantir o mínimo de ordem nas relações sociais humanas.^{6 7}

A atuação do médico é, assim, sujeita a regras próprias que dominam a sua conduta no exercício da arte médica (*lege artis medicinae*) e na sua relação com o paciente. A relação médico-paciente é um fato jurídico normatizado que além de impor direitos e obrigações determinam efeitos jurídicos a este mesmo comportamento.

⁵ “Em verdade, somente o fato que esteja regulado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja.” (MELLO, 2003, p. 9).

⁶ “O homem (*homo sapiens*) não é um produto simples da natureza, mas o resultado do convívio com os outros homens. Por isso, apesar de sua sociabilidade, há nele, sempre, algo de próprio, tipicamente individual, que não se dissolve no social nem se torna comum. Assim, não é possível negar que o homem jamais se despe, por completo, de seus instintos egoístas, motivo pelo qual não se consegue apagar, nem mesmo superar, a sua inclinação, muito natural, de fazer prevalecer os seus interesses quando em confronto com os seus semelhantes. Além disso, todo arcabouço social, respaldado no aparato de meios que visam a adaptá-lo, não consegue suprimir ou reduzir o seu livre arbítrio na escolha de como comportar-se. Parece indiscutível, no entanto, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e praticamente impossível o avanço para formas superiores de civilização. Não se poderia, ao menos, considerar sociedade humana um agrupamento dessa ordem. O jugo social representado pela atuação no sentido de adaptação é aceito como uma imposição necessária à vida social. Por isso, traz como resultante ineliminável a possibilidade sempre presente de reação e rebeldia do homem aos padrões traçados pela sociedade. Disso decorre, evidentemente, a imperiosa exigência da comunidade de estabelecer normas de conduta que tenham um caráter obrigatório em decorrência do qual a sua impositividade ao homem seja incondicional e independente da adesão das pessoas. Essas regras constituem as normas jurídicas que, no seu conjunto, consubstanciam o direito da comunidade em que elas são vigentes.” (MELLO, 2003, p. 4).

⁷ “A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição ao meu ver atingiu perfeitamente o essencial. O dois fatores de que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é uma orientação para a ação humana; norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.” (IHERING apud FERRAZ, 1994, p. 101).

Desde Hipócrates, o médico está sujeito às regras de comportamento perante o seu paciente, em que se compromete a ter uma postura de acordo com preceitos pré-estabelecidos para o bem estar do doente.

Hoje, as regras de comportamento do médico estão representadas pelo Código de Ética Médica, Resolução CFM no. 1.931/2009.

A estruturação de normas relativas ao comportamento do médico obriga que a análise da relação médico-paciente não seja simplesmente do ponto de vista da medicina, mas também do ponto de vista do direito e das demais disciplinas envolvidas.

1 PREVISÃO NORMATIVA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO REGRA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A norma-jurídica que regula a relação médico-paciente se desenvolve no campo da validade, no plano do dever ser, enquanto vontade criada pelo pensamento humano que se dirige a uma conduta que se intenciona obrigatória (MELLO, 2003, p. 10). Ou seja, a comunidade jurídica, levando em consideração os aspectos da relação médico-paciente, edita normas, com o objetivo de que os médicos e os pacientes sigam aquelas determinações quando se verificarem aqueles fatos antes previstos. Assim, a norma jurídica isoladamente é algo abstrato que está dirigido aos fatos concretos da relação médico-paciente, que se vierem a acontecer irão produzir os efeitos determinados pela própria norma. Podendo-se considerar diante da norma que a atitude do médico foi válida ou inválida.

No Brasil, o Código de Ética médica do Conselho Federal de Medicina⁸ regula a relação médico-paciente determinando como deve ser o seu comportamento. As normas jurídicas se apresentam como um modelo de conduta a ser seguido pelos médicos, em face da valoração dos fatos da vida social, com o objetivo de que a relação médico-paciente seja a mais harmônica possível (MELLO, 2003, p. 14).

Por sua vez, pode acontecer que as relações entre médico e paciente sejam dissonantes e não tenham a devida harmonia dentro de um mundo ideal, possibilitando o surgimento de conflitos diante da divergência entre a vontade do médico e a vontade do paciente. Assim, apesar do dever do médico de

⁸ De acordo com a Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e atribui ao Conselho Federal o poder de votar e alterar o Código de Deontologia médica.

cuidar da saúde do paciente, sendo o alvo de toda a sua atenção, pode ser que o paciente recuse o tratamento, ou solicite tratamento diverso daquele que entende prescrever o médico.

A regra é a de que o paciente quer ser tratado pelo médico. E que o médico quer tratar o paciente. Mas quando o paciente recusa o tratamento médico, irá ocorrer uma colisão de princípios, entre a autonomia do paciente e o dever de beneficência do médico, de modo a frustrar o médico em seu ofício de cuidar da saúde do paciente. Então se pergunta: é moralmente permitido para um médico tratar o paciente contra a sua vontade? (VAUGHN, 2013, p. 72).

Se por acaso, o paciente for um adulto de posse de todas as suas competências mentais, em condições de manifestar a sua vontade, a recusa ao tratamento apresenta-se como a solução mais adequada ao caso. Assim, a recusa ao tratamento e a não intervenção do médico, pode ser considerada uma atitude válida perante a norma jurídica. Porém, se o paciente for um menor de idade e seus pais recusarem o tratamento por questões de ordem religiosa, a realização do tratamento contra a vontade dos pais, será, neste caso, a solução mais adequada, sendo a recusa ao tratamento uma opção inválida.

Por outro lado, pode ocorrer um fato em que a expectativa que o paciente tem em relação ao seu tratamento médico possa não ser compatível com o procedimento a ser realizado pelo médico, ou seja, o paciente confia que o médico irá realizar determinado procedimento pré-estabelecido diante de uma determinada situação, enquanto que o médico entende que se as condições do paciente forem as mesmas previstas quando do exame clínico será cumprida a sua determinação, caso contrário, realizará o médico o tratamento conforme as suas próprias convicções, diante do novos fatos apresentados (FERRAZ, 1994, p. 107).

Qual seria, nesse caso, a opção válida perante a norma jurídica?

A manutenção da pretensão do paciente perante a palavra dada pelo médico, a qual deve ser cumprida, ou, a modificação da palavra dada em face da alteração das circunstâncias, diante das condições não serem mais as mesmas quando do momento em que a palavra foi dada?⁹

⁹ “À expectativa normativa de A (a palavra dada deve ser cumprida) pode contrapor-se a expectativa normativa de B (a palavra dada deve ser cumprida, desde que as condições em que foi dada sejam as mesmas).” (FERRAZ, 1994, p. 107).

A dinâmica da relação médico-paciente impõe o estudo da norma jurídica e dos conflitos existentes em face da autonomia da vontade do paciente e das circunstâncias que envolvem as relações sociais.¹⁰

Daí que diante das várias estruturas sociais e das diversas projeções normativas surgem os conflitos e a necessidade de determinar qual o sentido que a norma deverá tomar naquele caso em concreto, perante as diversas circunstâncias que o fato apresenta, sendo o direito, na presença de uma ordem pré-estabelecida, o instrumento para a solução desses conflitos.

A dinâmica da relação médico-paciente não foge da apreciação do direito.

Os fatos resultantes das relações médico-paciente deverão ser analisados a partir das normas jurídicas existentes, as quais dirigirão a sociedade para a solução mais adequada para cada caso em concreto, uma vez que a mesmas foram previamente objeto de valoração para tornar a convivência social mais harmônica.¹¹

2 A ANÁLISE DOS SUPORTES FÁTICOS QUE DÃO VALIDADE AO NEGÓCIO JURÍDICO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O negócio jurídico constitui uma declaração de vontade dirigida a produção de efeitos jurídicos determinados pela própria intenção do agente.¹² Como visto, a lei vai atribuir efeitos jurídicos de acordo com a vontade da pessoa que a manifesta (ASCENSÃO, 1999, p. 22).

Assim, para que a manifestação de vontade receba do ordenamento jurídico o seu pleno reconhecimento e produza efeitos, é necessário que o negócio jurídico preencha alguns requisitos essenciais à verificação de sua validade.

¹⁰ “Surgem, assim, conflitos das projeções normativas que resultam da superprodução de normas. Estes conflitos não são exceção, mas o comum na vida social. A dogmática tem de se haver como esse problema. O princípio da inegabilidade dos pontos de partida exige a postulação de normas preponderantes que, em caso de conflitos, devem prevalecer. A teoria dogmática do direito pressupõe que estas normas preponderantes são as consideradas jurídicas.” (FERRAZ, 1994, p. 108).

¹¹ “Como procuramos deixar claro, a norma jurídica constitui um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica.” (MELLO, 2003, p. 14).

¹² “Os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo próprio declarante ou declarantes.” (PINTO, 1996, p. 379).

Tais condições, que podemos denominar de suportes fáticos que dão validade ao negócio jurídico são: o sujeito, o objeto e a forma de exteriorização da vontade.^{13, 14}

Segundo a doutrina de Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 21), a primeira categoria, a do sujeito, se refere ao problema da manifestação da vontade, visando resguardar a pessoa em face de sua consciência e autenticidade. A segunda categoria, a do objeto, se refere à consonância do ato jurídico com o direito e com a natureza das coisas. E a terceira categoria, a da forma de exteriorização da vontade, tem por fundamento os pressupostos de certos atos jurídicos que por sua relevância devem ser realizados de acordo com algumas solenidades, visando resguardar e documentar a conclusão e prova do negócio jurídico.

Neste sentido, passaremos a analisar cada um dos elementos que compõem o suporte fático da relação médico-paciente, de acordo com a teoria geral do direito civil.

3 DO SUJEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Como no negócio jurídico os seus efeitos são determinados pela vontade do agente, o estudo do sujeito do negócio jurídico visa essencialmente proteger a pessoa e sua manifestação de vontade, por serem estes os seus principais elementos.

A manifestação da vontade se expressa na relação médico-paciente quando em busca do tratamento adequado para sua enfermidade o paciente solicita ao médico a prestação dos seus serviços. Há a formação de um verdadeiro contrato em que o médico assume a obrigação de fornecer os cuidados necessários àquela enfermidade, quando não a própria cura, e o paciente os deveres de colaboração e informação, além do dever de proceder com o pagamento dos encargos que derivem das prestações dos cuidados à saúde.

¹³ “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico.” (MELLO, 2004, p. 4)

¹⁴ “Art. 104 do Código Civil Brasileiro: A validade do negócio jurídico requer: I- Agente capaz; II- Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.”

Contudo, nem toda relação médico-paciente pode ser definida como uma relação contratual, mas mesmo assim, não se foge a necessidade de estudo da manifestação da vontade e seus efeitos, principalmente, no negócio jurídico unilateral, em que a vontade isolada do médico intervindo na esfera jurídica do paciente, somente pode ser concebida para o bem do próprio paciente.

Assim, tanto no negócio jurídico bilateral quanto no negócio jurídico unilateral, o estudo da manifestação da vontade é essencial para a caracterização do tipo legal que está a ser praticado e se o mesmo preenche os requisitos necessários para a sua validade.

A vontade manifestada para que produza efeitos jurídicos deve ser consciente, para que não seja considerada nula ou inexistente, por isso, segundo Marcos Benardes de Mello (2003, p. 14), o ordenamento jurídico estabelece critérios para que possa ser entendida como plenamente consciente a vontade.

O primeiro critério adotado pela ordem jurídica é a capacidade para agir, ou seja, a capacidade para o exercício do direito por si mesmo, a qual tem em seu núcleo a análise objetiva da existência dos requisitos determinados por lei para que a pessoa dirija a sua vida na ordem civil, com autonomia.

A capacidade para exercício do direito é uma regra, que tem na própria lei os seus limites, os quais quando ultrapassados resultam na incapacidade da pessoa. (PEREIRA, 2007, p. 270)

Assim, a manifestação plena da vontade depende da existência de uma vontade realmente autônoma, em que a pessoa possua o completo discernimento dos fatos, das circunstâncias e dos efeitos que envolvem o negócio jurídico.

Na relação médico-paciente, como negócio jurídico, o médico deve ter a consciência se o paciente tem, de acordo com a lei, a capacidade para exercer a sua vontade, por si mesmo, de forma autônoma.¹⁵

A capacidade para o exercício do direito, segundo o Código Civil brasileiro é dividido em graus, levando em consideração se a pessoa possui uma maior ou menor aptidão para atuar autonomamente, realizando negócios jurídicos. Assim, há a classificação da incapacidade em absoluta, quando ocorre a total falta de

¹⁵ “A capacidade de agir é estado pessoal. Ser capaz é qualificação atribuída pelo direito às pessoas em geral, sendo que, em relação aos seres humanos, nem todos a têm. Diz incapaz aquele a quem as normas negam a capacidade de praticar, pessoalmente, ato jurídico válido. A incapacidade, na verdade, constitui exceção à regra da capacidade. Tem por fundamento a necessidade de proteger as pessoas naturais que, por algum motivo relacionado à vivência nas relações negociais, à sanidade física ou mental, à situação cultural ou à impossibilidade física de administrar seus bens e praticar os atos respectivos são consideradas sem experiência de vida e sem as condições de discernimento que lhes permitam ter a plena consciência das consequências práticas de seus atos.” (MELLO, 2003, p. 25).

capacidade para a prática dos atos da vida civil, e a incapacidade relativa, quando a pessoa não é capaz para a prática de certos atos, ou a forma de exercê-los (MELLO, 2003, p. 26).

O Código Civil brasileiro utilizou critérios baseados na idade, na saúde mental e na falta de discernimento da pessoa para determinar a sua incapacidade. Contudo, a análise da capacidade a partir da idade não gera grandes conflitos ou controvérsias, em face da simples contagem do tempo, em que, a princípio, há a certeza legal da capacidade e do discernimento, se outras causas mentais não existirem como limitadoras da capacidade desta mesma pessoa. Tal critério é utilizado pelo legislador de forma arbitrária, com a compreensão de que a partir de certa idade a pessoa passa a ser capaz, o que torna as relações jurídicas mais seguras, pois, objetivamente não haveria dúvidas quanto à capacidade no momento da realização do negócio jurídico.¹⁶

Por sua vez, a análise dos elementos que determinam a limitação da capacidade em face da saúde mental e da falta de discernimento requer uma investigação mais profunda, a qual deve ser objeto de prova, em especial com o pronunciamento de um médico, que poderá determinar o grau de insanidade.^{17 18}

Um exemplo típico relativo à análise da capacidade de discernimento de uma pessoa está no seguinte caso julgado por um Tribunal Inglês: Mr. Park, uma pessoa idosa que havia sofrido previamente um mal súbito severo, casou com sua segunda esposa em uma determinada manhã e no mesmo dia à tarde ele realizou o seu testamento. Ele morreu depois de um breve tempo e sua família desafiou judicialmente a validade do casamento e a viúva contestou a validade do testamento. Ele foi declarado mentalmente capaz para se casar,

¹⁶ “Não pode, porém, ficar ao sabor das influências individuais a cessação da incapacidade absoluta decorrente da idade. O direito quer a proteção dos menores, mas quer também a estabilidade das relações sociais. Por isso, atendendo ao momento da transição da ausência de participação na vida jurídica, para a convocação do menor a dela tomar contato e nela ter ação, não pode deixar à apreciação de cada caso a aferição do grau de aptidão e de discernimento, sob pena de instituir grave insegurança nos negócios. Se assim procedesse nunca se saberia, com exatidão, se o menor, como agente em um negócio jurídico, havia ou não eficazmente manifestado a sua vontade.” (PEREIRA, 2007, p. 275).

¹⁷ Não se descarta a prova testemunhal para determinar a falta de discernimento, além da prova pericial.

¹⁸ “As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou , ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito observa estas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participar no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.” (PEREIRA, 2007, p. 272).

mas carecedor da necessária capacidade mental para fazer um testamento. O seu pouco discernimento e força de raciocínio mantiveram-se suficientes para compreender o que implicava um casamento, mas suas confusões e perdas de memória o desabilitaram em ter a necessária recordação de suas propriedades e de suas obrigações para poder fazer um testamento (BRAZIER; CAVE, 2011, p.145).

Ora, a falta de discernimento pode ser mais ou menos profunda, e ter uma graduação e extensão própria, que se permita dizer que uma pessoa é apta para praticar certos atos da vida civil e outros não. No caso a pessoa pode ser apta para se casar e inapta para dispor dos seus bens.

Evidentemente que a capacidade para o exercício de direitos é posta no Código Civil com um caráter patrimonialista e negocial, contudo diante da necessidade de estudo da relação médico-paciente, veremos que o conceito de capacidade para consentir em um determinado tratamento médico, é bem mais complexo do que uma análise da capacidade em face de uma decisão negocial.¹⁹

Mas o ponto de partida será sempre as regras de capacidade da Teoria Geral do Direito Civil.

O segundo critério adotado pela ordem jurídica diz respeito à perfeição da vontade manifestada, a sua compatibilidade com a realidade ou a veracidade, consciente de seu conteúdo (MELLO, 2003, p. 22).

Este segundo critério busca avaliar se a vontade da pessoa não está viciada por algum fator externo que influencie na autenticidade de sua declaração, fazendo com que manifeste uma vontade que não seria verdadeiramente a sua vontade, se tivesse a exata noção da realidade dos fatos ou se as circunstâncias fossem diferentes (MELLO, 2003, p. 22).

No caso, surgem como elementos necessários para a correta manifestação de vontade as obrigações acessórias como a boa fé e a equidade, de modo que o paciente deve estar devidamente informado de suas condições de saúde, para poder fazer uma decisão mais próxima da realidade dos fatos (MELLO, 2003, p. 22).

Em especial para a perfeita manifestação de vontade é necessário que haja uma compensação em face do desequilíbrio de conhecimento entre o paciente e o médico, de modo que ao prestar as informações necessárias ao paciente, o mesmo tenha condições de visualizar o seu problema de saúde mais

¹⁹ “Na verdade, a legislação tradicional referente à capacidade visa proteger mais a propriedade do que as pessoas, portanto, não servem para a capacidade de tomar decisões médicas.” (PEREIRA, 2004, p. 148).

próximo da realidade, fazendo a sua escolha de forma consciente quanto ao seu conteúdo.

Assim, a assimetria de informações, diante da especialidade médica, obriga que o paciente seja informado dos problemas que atingem a sua saúde, de todas as formas de tratamento, os riscos e as convicções pessoais do médico para que então possa manifestar a sua vontade.

A busca deste equilíbrio entre o médico e o paciente não é algo fácil de estabelecer, por isso que o estudo do consentimento informado é tão merecedor de destacada atenção.

A perfeição da vontade manifestada constitui elemento complementar da validade do negócio jurídico (MELLO, 2003, p. 38), daí que a capacidade para manifestar a vontade diante de um tratamento médico não é a mesma para a realização de uma compra e venda de um bem de consumo. A pessoa tem que ter uma capacidade especial, qual seja, a de compreender todas as circunstâncias de ordem médica, todos os efeitos e consequências da doença, seus diversos tratamentos e os riscos a elas inerentes, para poder fazer então uma decisão ausente de qualquer vício invalidante (PEREIRA, 2004, p. 149).

A capacidade do paciente está ligada tanto à sua capacidade de fato dentro da Teoria Geral do Direito Civil²⁰, como faculdade que tem a pessoa de por si só tomar as decisões necessários em sua vida, como sujeito de direitos e obrigações, quanto e ainda mais, está ligada verdadeiramente a sua capacidade para tomar decisões acerca das intervenções médicas.

Assim, a capacidade para consentir nos casos que envolvem a relação médico-paciente passa a ser um conceito autonomizado em face da capacidade negocial, uma vez que o objeto da declaração de vontade tem por fundamento um bem diferente daqueles do direito patrimonial, quais sejam, a vida, a saúde, a integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade (PEREIRA, 2004, p. 148).

Neste sentido, as condições pessoais do paciente irão influenciar no modo que estas informações serão prestadas, bem como na capacidade do paciente decidir.

Podem ocorrer casos em que a pessoa possa ser considerada capaz para os atos da vida civil, mas que não tenha capacidade para expressar a sua vontade, diante de questões médicas, ou porque se encontra diante de uma dor

²⁰ “A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo.” (PEREIRA, 2007, p. 263).

insuportável, ou possua um medo relevante que o impeça momentaneamente de expressar a sua vontade.²¹

A análise desta capacidade é realizada pelo próprio médico.

Aquelas pessoas consideradas incapazes serão substituídas por um procurador de cuidados de saúde ou por um ente familiar próximo. Os quais devem ser devidamente informados quanto aos tratamentos que devem ser praticados, seus riscos e benefícios.

Mas aqui há um detalhe importante: a manifestação de vontade do procurador deve ser sempre no sentido de prover o melhor para o paciente, e na medida do possível deve tentar se adequar a vontade do paciente declarada no momento em que possuía capacidade.²²

Assim, a análise da capacidade do paciente para decidir quanto ao melhor tratamento irá depender da análise do médico, caso a caso, o que envolve pacientes com capacidade, pacientes sem capacidade, podendo ainda verificar dentre aqueles quem não possuem capacidade alguns que realizaram manifestação de vontade adiantada, e outros que não se conhece a sua vontade por nunca terem se manifestado.

Além do mais, quanto maior o risco do tratamento médico, maiores devem ser os cuidados com o respeito aos direitos do paciente, principalmente quanto à análise de sua capacidade para decidir.²³

²¹ “Por vezes é preciso levar em conta, na aferição da competência, que a vulnerabilidade do paciente, a angústia provocada pelo diagnóstico confirmador de certas patologias, dificulta assertivas categóricas, incontestáveis, quanto à racionalidade e, portanto, quanto à competência. Porém, inequívoco que algum critério de avaliação que permita apurar, com certo grau de confiabilidade ou segurança, se a pessoa sabe o que pode ocorrer, caso decida de forma equivocada, deve ser desenhado.” (SZTAJN, 2012, p. 184).

²² “Segundo este critério toma-se a decisão que está de acordo com os melhores interesses do paciente (best interests of the patient), o que se identifica, naturalmente, com a proposta terapêutica do médico. Assim, a aplicação deste standard poderia ser vista como uma ratificação da proposta do médico. Este critério pretende-se objetivo, no sentido de que não se centra nos valores e na personalidade do paciente, mas na sua condição física e no prognóstico traçado, sendo certo que a neutralidade valorativa é meta inalcançável. Hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades, pelo que, de algum modo, se desenha um ‘critério sincrético’ que combina os dois últimos referidos.” (PEREIRA, 2004, p. 239).

²³ “Lo mismo sucede con la capacidad de razonamiento y deliberación. Pero con respecto a ambas cosas vale la idea indudable de que no existe un estándar general de competencia, de forma que pudiéramos decir que dado ciertos rasgos de una persona podemos ya declarar en términos generales si es o no es competente, sino que, muy por el contrario, el grado de competencia de cada uno depende, no sólo de quien es cada uno, sino también de los problemas que tiene ante sí, y en nuestro caso, depende de los problemas de salud sobre los que debe adoptar una decisión. No es lo mismo decidir sobre una cura trivial o un episodio leve de enfermedad conocida (la gripe común, por ejemplo) que decidir sobre una intervención de riesgo.” (SAN MIGUEL, 2010, p. 30).

A capacidade decisória é assim, a habilidade para entender os riscos, benefícios e alternativas e para realizar uma decisão razoável.

Mas para que a capacidade decisória seja exercida de forma livre e plena, é necessário que a divulgação da informação seja suficientemente esclarecida.

Assim, a capacidade como requisito de validade do negócio jurídico em face da relação médico-paciente adquire uma nova exigência como elemento essencial da manifestação da vontade, que tem por objeto a tomada de decisões a respeito dos cuidados de saúde, é no caso, a análise da capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico (PEREIRA, 2004, p. 153)

4 DO OBJETO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Diante da concepção fenomenológica da relação médico-paciente que visa à intervenção do médico na esfera da personalidade do paciente, em seu corpo, sua saúde, sua integridade física e mental, o tratamento médico de sua saúde, ou até mesmo a cura de uma doença, é o objeto da relação jurídica médico-paciente.

Ou seja, na relação médico-paciente, o médico assume uma obrigação de prestar um serviço médico que tem a pretensão de prevenir, diagnosticar, curar, tratar ou diminuir o sofrimento, lesão, perturbação física ou mental.^{24, 25}

Neste sentido, o objeto da relação médico-paciente será a prestação de serviços médicos, que constituem o agir em benefício da saúde do paciente, em todas as suas formas.

A ideia de objeto do negócio jurídico é então a *atribuição específica que as normas jurídicas lhe imputam*, sendo no caso da relação médica, a obrigação específica de prover a saúde. Por sua vez, estando o objeto vinculado à determinação da norma jurídica, a qual lhe dará efeitos legais, é necessário que este mesmo objeto para poder ter validade seja lícito, possível e determinável (MELLO, 2003, p. 39).

²⁴ “Por outro lado, existe o que se pode chamar de ato médico específico como sendo a utilização estratégica e recursos para prevenir a doença, recuperar e manter a saúde do ser humano ou da coletividade, inseridos nas normas técnicas (lex artis) dos conhecimentos adquiridos nos cursos regulares de medicina e aceitos pelos órgãos competentes, estando quem o executa, supervisiona ou solicita profissional e legalmente habilitado.” (FRANÇA, 2013, p. 52).

²⁵ “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.” Inciso II, do Código de Ética Médica, Resolução CFM no. 1.931/2009.

Assim, é essencial que a intervenção médica no paciente seja lícita, para que o seu objeto seja válido.

Deste modo, a lei que regula a profissão de médico, lei 3.268/57, e o Código de Ética Médica dão o caráter de licitude à intervenção do médico e as práticas dos atos necessários ao bem estar do paciente.

O Código Penal Português, por sua vez, atribui liceidade ao ato médico, impondo alguns requisitos necessários para a sua legalidade, quais sejam: que o agente seja médico, que a finalidade seja terapêutica, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental e que a intervenção seja realizada por indicação médica, com o respeito a *leges artis*.²⁶

Nessa linha de pensamento, de acordo com o Código Penal Português são ilícitas as intervenções médicas que não estejam em conformidade com a norma legal. Assim, a necessidade de que o objeto do negócio jurídico seja lícito, em face do tratamento médico, o qual deve estar de acordo com a ordem jurídica, determina que as intervenções que um médico realize com o objetivo de praticar o aborto em uma pessoa, bem como a prática da eutanásia, não poderão ser consideradas lícitas, por serem ações contrárias à lei, tornando o negócio jurídico nulo. No mesmo sentido, se a conduta do médico for contrária a *leges artis*, poderá ser considerada ilícita, inclusive possibilitando ao lesado a busca de uma reparação civil.

Desta forma, a conformidade com o direito determina que o exercício da profissão de médico e a intervenção realizada pelo médico sejam autorizadas pela lei e pela *leges artis*.

A possibilidade do objeto, também como requisito de validade da intervenção médica, diz respeito não só a possibilidade legal, mas em especial a sua possibilidade física, quando o objeto for materialmente suscetível de se realizar. Nestes casos, a análise da possibilidade material irá depender do estado atual da medicina e dos recursos existentes no momento da intervenção médica.

²⁶ Artigo 150.º Código Penal Português- Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

Neste sentido, não seria possível materialmente que o médico propusesse a um paciente do sexo masculino que o mesmo engravidasse, com a gestação de uma criança por 9(nove) meses. Atualmente, é impossível materialmente que um homem possa dar a luz a uma criança, sendo por isso nulo o contrato médico que tenha por objeto um tratamento específico para este fim. Da mesma forma, pode-se dizer em relação a um tratamento que propusesse um transplante de cérebro que pelo atual estado da medicina é impossível.

A impossibilidade pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando a prestação médica for impossível de ser realizada por qualquer pessoa, como é o caso do transplante de cérebro. Mas será relativa, quando a prestação possa ser realizável por outra pessoa, como é o caso da gravidez que é permitida materialmente às mulheres e não é para os homens. Dependendo da forma que a impossibilidade relativa se apresenta, ela não será causa de nulidade do negócio jurídico.

Por fim, a determinação do objeto diz respeito à individualização e certeza quanto ao tipo de prestação a ser realizada, ou ao menos a possibilidade de determinação posterior da prestação, em face de algum critério eleito pelas partes. Em caso de um tratamento médico de fecundação assistida, a determinação do objeto é a própria fecundação, através de suas várias etapas. Contudo, em alguns casos não é possível especificar o objeto do tratamento médico, em face da ausência de um diagnóstico exato, não sendo possível conhecer antecipadamente de forma individualizada o tipo de tratamento ou intervenção que será realizada, o qual poderá depender de diversos fatores que envolvem também as condições de saúde do paciente, sendo o tratamento determinado de uma forma geral, como a obrigação do médico de tratar o paciente e atuar para o bem de sua saúde, sem especificar de forma antecipada qual será o tratamento.

A determinação do objeto irá variar conforme a natureza do tratamento e a especialidade do médico. Sendo, por sua vez, a atividade médica uma atividade de meios, mesmo que o médico não tenha sucesso na intervenção desejada e não consiga êxito quanto à pretensão determinada pelo tratamento, a relação não será considerada nula.

Assim, para a validade do negócio jurídico envolvendo médico e paciente, o tratamento médico que será realizado deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável.

5 DA FORMA DE MANIFESTAR A VONTADE NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A vontade da pessoa, como elemento essencial do desenvolvimento de sua personalidade, é uma construção que se processa em três momentos. Um momento interior de recebimento dos impulsos externos; outro momento interior de ponderação e resolução de como irá proceder; e um terceiro momento em que leva para o exterior a sua vontade deliberada (PEREIRA, 2007, p. 481).

A manifestação dessa vontade deliberada pode ser realizada de variadas formas.²⁷

Como requisito de validade do negócio jurídico pode a lei exigir que a manifestação da vontade obedeça a certas regras para que possa produzir efeitos jurídicos. Assim, a forma, em um determinado momento pode tomar um sentido de expressão da manifestação da vontade, como modo de exteriorizar a vontade e em outro momento, pode ter o sentido de requisitos e regras que a lei impõe para que um determinado negócio jurídico tenha existência e eficácia (PEREIRA, 2007, p. 488).

Em regra o direito brasileiro admite a liberdade das formas, mas para alguns atos jurídicos a lei impõe como requisito essencial para a sua existência que a manifestação da vontade seja declarada através de uma forma especial. Quando esta forma especial for exigida, o negócio somente terá existência e validade em caso de cumprimento da forma.

Em geral, na relação médico paciente não há uma exigência de forma, apesar da necessidade do médico realizar as devidas anotações nos prontuários e na ficha do paciente. Contudo, a manifestação da vontade, tem como regra geral a liberdade de forma.

Deste modo, não é exigido ao médico que solicite do paciente a sua manifestação de vontade escrita, salvo quando a própria lei o exigir como requisito de validade, contudo, até mesmo um gesto pode representar o consentimento do paciente para a realização do tratamento, quando no momento for o único meio existente para declarar a vontade.²⁸

²⁷ “A forma do negócio jurídico é o meio técnico, que o direito institui, para a exteriorização da vontade. É a projeção ambiental da elaboração volitiva, a expressão exterior do querer do agente. A primeira vista, parece que não cabe ao direito civil cogitar do exame da forma. Se se atentar, porém, em que não existe ato jurídico sem exteriorização, essa matéria assume o aspecto de correlação profunda com a essência do negócio jurídico.” (PEREIRA, 2007, p. 487).

²⁸ “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir. É essa, naturalmente, também a regra na relação médico-paciente, onde deve predominar a oralidade.” (PEREIRA, 2004, p. 456).

Em alguns casos, conforme a norma jurídica venha determinar, a forma é requisito obrigatório, e isto se verifica, por exemplo, nos casos de inseminação artificial. Nos casos de reprodução humana assistida o Conselho Federal de Medicina exige que o consentimento informado para ser válido deva ser realizado na forma escrita, através de formulário próprio, com a concordância por escrito das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.²⁹

A liberdade das formas, como regra geral, não impede que uma forma mais solene seja utilizada pelo médico para obter o consentimento informado do paciente, bem como para ajustar o objeto próprio da relação jurídica.³⁰

A forma é elemento importante para a relação jurídica, pois, além de ser o meio de exteriorizar a vontade é o modo de fazer prova da existência do negócio jurídico. Quanto mais ariscado o procedimento médico, mais deve o médico se preocupar em resguardar a validade do negócio jurídico solicitando do paciente ou dos seus representantes leais a sua manifestação de vontade na forma escrita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade é o núcleo essencial do negócio jurídico, pois, a partir da manifestação da vontade surgirão os efeitos jurídicos pretendidos pela pessoa. Assim, o conteúdo do negócio jurídico é constituído pela estipulação determinada pelas partes ou pela pessoa unilateralmente, de acordo com sua autonomia privada.³¹

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2007, p. 480) há no negócio jurídico a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico, ou seja, a vontade é orientada no sentido de produzir efeitos jurídicos.

²⁹ “3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.” Inciso I, número 3, da Resolução do CFM nº 1.957/2010.

³⁰ “Dentro do princípio da liberdade de forma, admite-se que a vontade se manifeste por todos os meios, seja pela linguagem falada ou escrita, seja pela linguagem mímica, gestos, acenos, atitudes, seja ainda pela utilização de caracteres convencionais gráficos. Sempre que não for exigida forma especial, o negócio perfaz-se através de um meio qualquer, por que se apure a emissão volitiva. Um gesto é uma forma de manifestação de vontade.” (PEREIRA, 2007, P. 490)

³¹ “O conteúdo do negócio jurídico é a regulação que nele é posta em vigor, no âmbito da autonomia privada.” (VASCONCELOS, 2005, p. 417).

A compreensão da vontade do paciente é importante para a validade do tratamento médico. As várias circunstâncias que envolvem o tratamento médico podem influenciar na construção da vontade do paciente, tendo relevância e influência as informações que recebe do médico e os seus valores existenciais para que o mesmo possa formar a sua convicção.

O estudo da vontade é bastante importante para a eficácia da declaração na relação médico-paciente. Uma vez que, a construção da vontade dentro da perspectiva psíquica, a qual impõe uma deliberação³² de acordo com as informações que venha a receber do médico e as circunstâncias que envolvem o tratamento, dependerá para a sua validade e eficácia de que a manifestação exteriorizada esteja em consonância com o íntimo querer da pessoa, e que não se traduza, em face das circunstâncias, em uma falsa noção da realidade.

Assim, o paciente para manifestar a sua vontade recebe, desde logo, os estímulos provocados pelos sintomas do mal que lhe atinge, as aflições, as dores, os sofrimentos, os quais integram as circunstâncias em que a sua vontade é expressa.

Em seguida, ainda diante dos estímulos exteriores, o paciente recebe do médico as informações necessárias para compreender os sintomas e o mal que lhe atinge, bem como a forma ou formas de tratamento daquela doença, e o prognóstico de sucesso e cura.

Diante desses estímulos exteriores, do qual tem relevância as informações prestadas pelo médico, as circunstâncias do tratamento, as dores, o sofrimento, a cultura e os valores que a pessoa possui, o paciente fará sua deliberação, ponderando o que imagina ser melhor para si naquele momento, para ao final elaborar a sua vontade.

Elaborada a vontade, surge o terceiro momento, em que esta mesma vontade é manifestada para o exterior, sendo reconhecida pelo médico.

Ora, se o paciente tiver a exata noção da realidade dos fatos, estando devidamente informado, sendo capaz, e que as dores não tenham viciado a sua vontade, estando a sua vontade manifestada em sintonia com a vontade interior, não estaremos diante de nenhum problema de ordem jurídica quanto à validade e eficácia da manifestação de vontade.

³² “No campo puramente psíquico distinguem-se três momentos: o da solicitação, o da deliberação e o da ação. Primeiramente os centros cerebrais recebem o estímulo do meio exterior; em seguida, mais ou menos rapidamente, ponderam nas conveniências e resolvem como proceder; e finalmente reage a vontade à solicitação.” (PEREIRA, 2007, p. 481).

Contudo, caso o paciente não tenha recebido as informações necessárias, e que as dores e o sofrimento tenham influenciado em sua capacidade para decidir, não lhe permitindo ter a exata noção da realidade, a manifestação de vontade exteriorizada por esta pessoa não será válida, nem eficaz.

Daí a importância do estudo do instituto do negócio jurídico e seus requisitos de validade.

Para a validade da manifestação da vontade, adotando-se a teoria objetivista a partir da impressão do destinatário, deve-se acrescentar ao sentido declarado pelo paciente, todas as circunstâncias que envolvem o seu tratamento, as dores, sofrimentos e emoções, como forma de auxiliar a correta compreensão de sua vontade, e como elemento essencial para a busca do seu desejo interior.

Deste modo, a busca pela vontade interior depende das circunstâncias que determinaram a manifestação da vontade do paciente para a realização do tratamento, onde passa a ter importância os seus valores e a sua cultura, o seu estado de hipossuficiente em relação ao médico, entre outras circunstâncias possíveis, para se tentar chegar a uma vontade mais próxima de sua realidade interna, e o respeito a esta vontade.

É evidente que a estrutura do negócio jurídico na relação médico-paciente difere da estrutura de uma relação obrigacional patrimonialista, haja vista que o objeto específico da obrigação envolve interesses da personalidade como o corpo, a saúde e a vida do paciente, valores estes que superam os bens patrimoniais, determinando uma função social específica para os contratos de saúde, com regras própria para a relação médico-paciente.

Assim, a valoração da vontade do paciente integra uma lógica de respeito ao desenvolvimento de sua autonomia pessoal, seu corpo, sua saúde, sua vida, valores estes fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, que alteram a função do negócio jurídico médico em relação ao negócio jurídico patrimonial.

Desta forma, a busca pela vontade interior do paciente deve ser uma obstinação do médico, pois, as suas expectativas em relação ao seu bem estar, envolve, entre outros aspectos, os seus valores, sua cultura, os seus sentimentos, de modo que o respeito a vontade do paciente interessa a garantia do livre desenvolvimento da personalidade deste mesmo paciente.

O estudo da relação médico-paciente não foge de sua adequação aos requisitos de validade do negócio jurídico, agente capaz, objeto lícito, forma prevista em lei e consentimento válido.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. v. 2: Facto jurídico, em especial negócio jurídico.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- BRAZIER, Margaret; CAVE, Emma, Medicine. **Patients and the law**. London: Penguin Books, 2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Teoria do fato jurídico**: plano de existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SAN MIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: BUERGO, Blanca Mendoza

(Coord.). **Autonomia personal y decisiones médicas**: cuestione éticas y jurídicas. Plamplona: Thomson Reuters, 2010. p. 19-34.

SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Alvaro Vilaça, LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraíva, 2012. v. 1, p. 173-190.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Submetido em: 02/10/2014

Aprovado em: 10/03/2015

Como citar: BELTRÃO, Silvio Romero. **A adequação da relação médico-paciente aos requisitos de validade do negócio jurídico: a relação médico-paciente como fenômeno jurídico**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.83-104, jun.2015.

A utilização da cultura como instrumento de desenvolvimento econômico e o papel da educação ambiental

USE OF CULTURE AS ECONOMIC DEVELOPMENT TOOL AND THE ROLE OF ENVIRONMENTAL EDUCATION

* Dionis Mauri Penning Blank

** Claire Morrone Parfitt

Resumo: Fenômenos como a culturalização das cidades contemporâneas e a mercantilização do patrimônio cultural são temas atuais que necessitam de maior exploração e compreensão. Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho de pesquisa foi apresentar a educação ambiental, traduzida nos ideais de um cidadão ecológico capaz de identificar, problematizar e agir, como solução para o enfrentamento desses fenômenos e dos seus efeitos negativos, como a singularidade, a perda da memória local e a gentrificação. O patrimônio ocupa uma posição privilegiada nas configurações da legitimidade cultural, nas reflexões sobre identidade e nas políticas de vínculo social. Nas sociedades de consumo e de cultura de massa, o uso do patrimônio, a sua interpretação e até mesmo a sua simulação passam a ser instrumentos de desenvolvimento local e nacional. Consequentemente, revela-se a educação ambiental como uma ferramenta capaz de propiciar a adequada utilização da cultura como instrumento de revitalização urbana.

Palavras-chave: Cidade; Culturalização; Educação ambiental; Memória; Mercantilização; Patrimônio cultural.

Abstract: Phenomena like the culturalization of contemporary cities and the mercantilism of cultural heritage are current issues that require further exploration and understanding. Thus, the objective of this research work was to present the environmental education, translated in the ideals of an ecological citizen able to identify, discuss and act as a solution for addressing these phenomena and its negative effects, such as uniqueness, loss local memory and gentrification. The property occupies a privileged position in the settings of cultural legitimacy, in the reflections on identity and the social bond policies. In societies of consumption and mass culture, the use of heritage, its interpretation and even your simulation are to be local development instruments and national. Consequently,

* Professor Adjunto no Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Pelotas/RS e Assessor de Juiz de Direito no Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul Bacharel em Direito, Especialista em Direito Ambiental, Mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas. E-mail: dionisblank@gmail.com

** Professora Adjunta no Curso de Curso Superior de Tecnologia em Gestão Ambiental da Universidade Federal de Pelotas. Bacharel em Arquitetura, Mestre e Doutora em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: claremparfitt@gmail.com

environmental education is revealed as a tool capable of providing the proper use of culture as urban revitalization instrument.

Keywords: City; Culturalization; Environmental education; Memory; Mercantilism; Cultural heritage.

INTRODUÇÃO

A culturalização da cidade, ou seja, a cultura usada como um instrumento de *marketing* urbano que busca a revitalização da cidade para sua inserção no mercado competitivo cultural e turístico, e a mercantilização do patrimônio, isto é, o patrimônio em seus aspectos artístico, estético, identitário e étnico que é desprezado em prol de uma visão econômica que o converte em um cenário espetacular, revelam uma crise na noção de cidade: “[...] preservar o antigo ou construir o novo?” (JACQUES, 2003, p. 33).

Segundo Costa e Scarlato (2009), a sociedade brasileira se encontra em uma fase de cenarização progressiva do patrimônio, vivida a partir da década de 1990 e não superada, em que o patrimônio perdeu seu sentido tradicional, a identidade, a significação da memória, ficando destituído de conteúdo social e histórico coletivo pela atuação “imperialista” do Estado na cidade: a mercadoria sobre a cultura (a valorização unicamente capitalista acerca da paisagem urbana histórica).

Nessa ótica, o processo urbano é fortemente dependente da cultura, ou seja, de políticas culturais que relativizem o discurso a respeito da preservação e da destruição, primando pelo coletivo, com maior participação popular. Todavia, à medida que se ingressa no debate, é ausente a participação da população. Embora existam instrumentos como o Estatuto da Cidade e a Gestão Democrática e Participativa, os espaços urbanos são tomados por intervenções econômicas e políticas casuísticas que promovem e vendem uma imagem da cidade, uma marca, a qual é cada vez mais padronizada mundialmente: a cidade passou a ser um espetáculo a ser explorado.

Por outro lado, dentro de uma perspectiva histórica, o amadurecimento da concepção ambiental da cidade tem apresentado grandes contribuições para a tomada de consciência nos diversos planos das relações políticas e societárias. Diante dos inúmeros desafios apresentados pela atualidade, aparece com destaque o enfoque da mercantilização do patrimônio como consequência da evolução social, de acordo com Prats (2006), sem esquecer-se de que o patrimônio cultural serve como recurso para reproduzir as diferenças entre os grupos sociais, consoante García Canclini (1999).

Nessa linha de raciocínio, de acordo com Jacobi (2003, p. 190): “A reflexão sobre as práticas sociais [...] envolve uma necessária articulação com a produção de sentidos sobre a educação ambiental”. Segundo o autor, a

educação voltada para a cidadania representa a possibilidade de motivar e sensibilizar o cidadão para transformar os diversos modos de participação em potenciais caminhos de dinamização da sociedade e de concretização de uma proposta de sociabilidade baseada na educação para a participação.

Sendo assim, cuida este estudo de analisar o uso da cultura como uma espécie de instrumento de desenvolvimento econômico, identificando a educação ambiental como pedagogia de ação e a nomeando como ferramenta para o enfrentamento da culturalização das cidades contemporâneas e da mercantilização do patrimônio. Para o adequado atendimento da proposta, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e os métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico.

1 MEMÓRIA E PATRIMÔNIO

Conforme Jacques (2003), o patrimônio cultural urbano é tratado com tamanha naturalidade, parecendo que sua conservação é um mecanismo de defesa próprio, independente da ação da sociedade. Essa “naturalização”, no campo conceitual, entretanto, afastar-se-ia dos procedimentos técnicos e práticos de intervenção e preservação dos patrimônios urbanos.

De qualquer sorte, construiu-se um hipotético consenso entre os discursos teóricos, práticos, institucionais e políticos sobre a salvaguarda como prioridade da gestão urbana nesse processo de verdadeira culturalização das cidades contemporâneas e de mercantilização do patrimônio, caracterizados, essencialmente, pela relação inversamente proporcional entre a produção cultural e a participação popular. Nesse passo, Jacques (2003) questiona: o que são precisamente os patrimônios urbanos ou os ambientes culturais contemporâneos? Ademais, em que medida deve ocorrer a preservação, tendo em vista que a cultura é utilizada como estratégia de novos projetos de revitalização urbana?

Demais, quais os interesses defendidos com a cobertura, especialmente jurídica, desse patrimônio, visto que a proposta atualmente dominante dessas políticas de recuperação de áreas centrais degradadas baseia-se na suposta necessidade de transformação das cidades em favor da valorização econômica, incluindo o gerenciamento empresarial dos espaços públicos no lugar do convívio dos cidadãos de forma partilhada e, certamente, o descompromisso com as áreas urbanas miseráveis, nas quais persistirá a segregação e o controle

repressivo? A contribuição legal será na direção de legitimar os choques de ordem firmados pelo caráter mercantil e autoritário das operações de gentrificação?

Enfim, esse novo modelo de planejamento urbano, focalizando um modelo internacional extremamente homogeneizador, de maneira geral, imposto, singularizando as cidades, pode ser concebido, de fato, como correto?

O modelo de gestão patrimonial mundial segue uma lógica de homogeneização já formatada: ao preservar áreas históricas, de forte importância cultural local, bem como normas de intervenção internacionais que não são pensadas nem adaptadas de acordo com as singularidades locais. A memória da cultura local que inicialmente deveria ser preservada perde-se criando-se em seu lugar grandes cenários, muitas vezes turísticos.

Talvez esta seja, hoje, uma das ideias mais populares entre os neoplanejadores urbanos: a cidade é uma mercadoria a ser vendida, num mercado extremamente competitivo em que outras cidades também estão à venda. Isto explicaria que o chamado *marketing urbano* imponha-se cada vez mais como uma esfera específica e determinante do processo de planejamento e gestão de cidades. Ao mesmo tempo, aí encontraríamos as bases para entender o comportamento de muitos prefeitos, que mais parecem vendedores ambulantes que dirigentes políticos (VAINER, 2000, p. 78).

Pode ser encarado como um desafio constante a instauração de políticas participativas que engendrem no homem o interesse pelo patrimônio como ferramenta para a obtenção da justiça social. Compreender o patrimônio de maneira plural auxilia na formação de uma sociedade mais suscetível à diversidade e de um cidadão mais crítico, diminuindo a possibilidade de manipulação do passado e de constituição de memórias específicas e regionalizadas implantadas.

A patrimonialização, nessa direção, pode ser descrita como um trabalho memorial das diversas culturas, devendo ter como inquietação principal a garantia de que os conhecimentos culturais de um grupo ou de uma comunidade sejam transmitidos e recriados entre as gerações, acarretando um sentimento de continuidade e identidade.

[...] os processos de patrimonialização são eminentes aos referentes e às memórias, sejam essas de comunidades, nações, ou do mundo como um todo, tais processos precisam ser enquadrados não apenas através de

normativas, como forma de gestão, mas também por meio de outras estratégias de ação e captação desses valores. Isso possibilita que cada caso de patrimonialização seja analisado especificamente, e que se busque considerar a identidade das comunidades, além de dar subsídio a essas, para que tenham no patrimônio uma forma de subsistência próxima de suas origens, tradições e, assim, de sua memória (REIS; ALBERNAZ, 2014, p. 9).

Ainda, constata-se que a composição do patrimônio é regida pelo dinamismo das memórias, seguindo a formação das identidades e sendo influenciado por estratégias de poder que, em muitas oportunidades, culminam em sua manipulação. Na maior parte das situações, a própria população local é expulsa do lugar de intervenção pelo processo de gentrificação, o qual se constitui na retirada de moradores mais pobres de áreas de intervenção urbanística que passam, após a concretização das referidas intervenções, a ser espaço não somente de atividades econômicas diversificadas, mas também de moradia para setores populacionais das classes médias.

Dessa maneira, esse modelo acaba tornando todas as áreas, em diferentes países, de culturas diversas, cada vez mais semelhantes entre si. Pode-se dizer que se cuida de um processo de museificação urbana em escala global, justificado, equivocadamente, por sua eficiência, pelo retorno de investimentos públicos e pela diminuição do desemprego. Contudo, na verdade, não há respaldo científico hábil a justificar quaisquer desses argumentos.

Por essas razões, esta pesquisa visa a contribuir quanto ao debate da culturalização das cidades contemporâneas e da mercantilização do patrimônio, esclarecendo que o efeito interno provocado por esses processos, embora pareçam uma construção de ampla adesão social a um determinado modelo de gestão e administração da cidade, são, de fato, uma contradição recorrente entre o valor de uso que a cidade representa para os seus habitantes e o valor de troca com que ela se apresenta para aqueles interessados em extrair dela lucros cada vez mais significativos, segundo muito bem elucidam Arantes, Vainer e Maricato (2000).

A historiadora Choay (2006, p. 211) faz insuperável apontamento:

Por sua vez, os monumentos e patrimônios históricos adquirem dupla função – obras que propiciam saber e prazer, postas à disposição de todos; mas também produtos culturais, fabricados, empacotados e distribuídos para serem consumidos. A metamorfose de seu valor de uso em valor econômico ocorre graças à ‘engenharia cultural’, vasto empreendimento público e privado, a serviço do qual trabalham grande número de

animadores culturais, profissionais da comunicação, agentes de desenvolvimento, engenheiros, mediadores culturais. Sua tarefa consiste em explorar os monumentos por todos os meios, a fim de multiplicar indefinidamente o número de visitantes.

O culturalismo de mercado e a mercantilização do patrimônio se vinculam à ineficiência das políticas públicas, relativas à memória e ao patrimônio, especialmente no tocante à ampliação dos valores agregados aos bens culturais, sendo indispensável a requalificação dos espaços das cidades, a fim de valorizar as suas potencialidades, e, em termos legais, franquear a vinculação dos direitos sociais e culturais na prática da revitalização urbana.

2 CULTURALISMO E MERCANTILIZAÇÃO

De acordo com Costa e Scarlato (2009), consoante citado acima, o patrimônio cultural brasileiro se encontra em uma fase de cenarização progressiva do patrimônio, isto é, os modos operacionais transformaram o lugar, a cultura, a memória, a organização da sociedade e as condições de vida das populações locais dando a impressão de que a nova centralidade da cultura é econômica.

Explica a historiadora Choay (2006) que contrastar as cidades do passado às cidades do presente não significaria querer conservar as primeiras: a história das doutrinas que tratam acerca do urbanismo, e de suas aplicações concretas, não se confundiriam com a invenção do patrimônio urbano histórico e de sua preservação. Para a acatada autora (CHOAY, 2006, p. 179):

Quer o urbanismo se empenhasse em destruir os conjuntos urbanos antigos, quer procurasse preservá-los, foi justamente tornando-se um obstáculo ao livre desdobramento de novas modalidades de organização do espaço urbano que as formações antigas adquiriram sua identidade conceitual.

Em determinado momento, os problemas suscitados pela difusão da cultura, cunhada a partir de 1960, precipitam uma mudança semântica, conforme esclarecem Arantes, Vainer e Maricato (2000): os museus consagram essa mudança, antes dos monumentos; a cultura perde seu caráter de realização pessoal, torna-se empresa e logo indústria; a abordagem

culturalista dos anos 60 se torna um “culturalismo de mercado”, em que tudo o que se refere à cultura se torna mercadoria. Nessa metamorfose, a cultura se torna o grande negócio da cidade-mercadoria, e essa se torna cada vez mais espetacular. Há que se considerar, de acordo com os autores, portanto, dois pontos de inflexão no que se refere à cultura: o primeiro, que remete à revitalização associada à memória, ao patrimônio e a demandas locais; e o segundo, que remete à mercantilização, à globalização e à espetacularização da cidade e da cultura.

Hoje, há um momento de crise da própria noção de cidade, que se torna visível principalmente através das ideias de não-cidade: seja por congelamento - cidade-museu e patrimonialização desenfreada -, seja por difusão - cidade genérica e urbanização generalizada. Essas duas correntes do pensamento urbano contemporâneo, apesar de aparentemente antagônicas, tendem a um resultado bem semelhante: a ‘espetacularização’ das cidades contemporâneas. (JACQUES, 2003, p. 33).

O patrimônio ocupa, atualmente, uma posição privilegiada nas configurações da legitimidade cultural, nas reflexões sobre identidade e nas políticas de vínculo social. Nas sociedades de consumo e de cultura de massa, o uso do patrimônio, sua interpretação, até mesmo sua simulação, passam por ser o instrumento de um desenvolvimento local ou nacional, em especial, em função do turismo e das práticas mercantis do saber e do lazer, segundo Poulot (2009). Por essas razões, o patrimônio tornou-se o objeto de uma “cruzada popular”, de acordo com a expressão forjada por Lowenthal (2006).

Segundo demonstra Vaz (2004), nas últimas décadas, foram inúmeros os planos, projetos e intervenções urbanas nos quais a cultura se destacou como fator principal e cujos resultados podem ser observados desde a escala local, de pequenos bairros até a escala regional, abrangendo várias cidades. No campo do planejamento urbano e do urbanismo emergiram novos termos e expressões que retratam essa importância: “lugares” e “territórios culturais”, “polos” e “distritos culturais”, “engenharia cultural” (HAUMONT, 1996), “*cultural planning*” (EVANS, 2001), “*planificación cultural*” (WERWIJNEM, 2000), “regeneração cultural” (WANSBOROUGH; MAGEEAN, 2000), “culturalização da cidade” (MEYER, 1999; HAUSSERMANN, 2000), entre outros.

Por certo, a perspectiva integradora das políticas em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e do incremento de atividades turísticas tem resultado em experiências positivas no sentido da promoção da cidadania e do desenvolvimento sustentável. As cartas patrimoniais dedicadas ao assunto asseveram a urgência das políticas públicas nesses três campos, considerados estratégicos para a preservação dos bens naturais e culturais, e sua respectiva manutenção. A integração simultânea dessas áreas pode vir a corroborar a reafirmação de códigos visuais das identidades cívicas, patrióticas ou étnicas, na medida em que consiga agregar a população residente ao “legado vivo” da história de sua cidade ou região. Para tanto, faz-se imperiosa a adoção de políticas patrimoniais pluralistas, capazes de valorizar a diversidade ambiental, as heterogeneidades culturais e as múltiplas identidades, de modo a promover a convivência harmoniosa entre o homem e o meio, e ainda, garantir a inclusão social dos cidadãos. (PELEGRINI, 2006, p. 124).

Por sua vez, convém não esquecer que o espaço socialmente produzido a partir das determinações do modo de produção estrutura-se e é modificado pela ação dos sujeitos históricos, ação que envolve interesses e conflitos entre grupos, classes e frações de classe, pois o entendimento da reprodução social no espaço urbano implica a análise das experiências que se potencializam na superação de uma prática cotidiana homogeneizada pelas relações da sociedade moderna que manifesta, como uma de suas principais características, a transformação dos indivíduos, em ritmo cada vez mais intenso, em usuários, o que leva à supremacia dos objetos em relação aos sujeitos, nos termos de Marx (1975).

Dessa maneira, efetivamente, o espaço é cada vez mais transformado em mercadoria. Não uma mercadoria meramente articulada ao universo das necessidades imediatas, todavia uma mercadoria que é, ao mesmo tempo, estratégia e política, na medida em que o espaço é o *locus* e meio de poder, segundo evidencia Lefèbvre (2008).

Nesse particular, a transformação das cidades em mercadoria, ingrediente essencial e, ao mesmo tempo, emblemático da chamada globalização, tem como um dos elementos centrais o próprio processo de mercantilização da cultura e, nesse processo, destaca-se o papel representado pelas estratégias de *marketing* relativas ao patrimônio cultural, conforme apresenta Coutinho (2009).

Os projetos de planejamento urbano estratégico preocupam-se com a produção de uma imagem singular das cidades, imagem, de marca, que seria

resultado de uma cultura típica, da identidade cultural da cidade. Mas, paradoxalmente, tais imagens de marca de cidades distintas são cada vez mais assemelhadas, contradição que deriva da necessidade das cidades seguirem um modelo internacional agudamente homogeneizador, imposto, em especial, pelos financiadores multinacionais dos grandes projetos urbanos.

Em breves palavras, a exigência é a de um espaço urbano dotado de padrão mundial, pretensão que vale para torneios esportivos de grande porte (Olimpíadas, Copa do Mundo de Futebol etc.), festivais, carnaval etc. Aliás, como já ocorrem com os espaços padronizados das cadeias de hotéis internacionais, aeroportos, redes de *fast food*, *shopping centers* e parques temáticos.

Dentro desse contexto, os centros históricos das cidades mais adensadas abandonam o caráter público dos seus bens patrimoniais para colocá-los no mercado. Embora seja positiva a iniciativa destes projetos em transformar muitos espaços privados (mercados, ruas, galerias, jardins, igrejas) em espaços coletivos, o que tem ocorrido nas cidades brasileiras é a conversão dos tradicionais espaços públicos em espaços coletivos privados, acessíveis apenas mediante o poder aquisitivo de determinados grupos sociais. (PAES-LUCHIARI, 2006, p. 54).

Na verdade, nesses processos de renovação urbana de áreas centrais, a exemplo do que ocorreu no projeto dito de revitalização do Centro Histórico de Salvador (Pelourinho), o que acontece é a conjugação do propósito de valorização do solo em determinadas áreas de interesse imobiliário e a delimitação de fronteiras de classe, mediante intervenções espaciais efetuadas pelo poder público. Ao mencionar a reestruturação espacial da qual a gentrificação faz parte, Sánchez (2003) a define como um processo sistemático do desenvolvimento urbano do capitalismo tardio, que encontra na diferenciação do espaço um meio para sua própria sobrevivência.

A título de exemplo, Vieira (2006), referindo-se à revitalização do Pelourinho, aduz que o projeto esvaziou o sítio histórico ao expulsar seus habitantes e suas respectivas práticas cotidianas populares, substituindo-as por simulacros culturais turísticos. Segundo a autora, o antigo centro, tombado pela UNESCO, como patrimônio mundial da humanidade, foi restaurado durante anos, por intermédio de um processo de patrimonialização (restauração de fachadas, do espaço público, etc.) de mudanças de uso de gentrificação,

com a remoção de mais de duas mil famílias, para dar lugar a restaurantes, bares e lojas de *souvenirs*.

Enfim, os novos espaços produzidos pelas ações de revitalização urbana, lastreados no fortalecimento das políticas de comunicação e suas relações com a esfera cultural e interesses localizados integram projetos de cidade que reforçam o modelo de urbanização dominante nas formações sociais do capitalismo periférico e as significativas e sistemáticas utilizações do mercado dos bens culturais, no que pode ser denominado de renascimento urbano (mercantilização espetacular das cidades contemporâneas), não constituem efeitos colaterais de um período de transição econômica, mas estão enraizadas na reestruturação produtiva da sociedade capitalista.

3 EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO AÇÃO TRANSFORMADORA

Notam Sparemberger e Pazzini (2011, p. 149-150) que:

Diante da diversidade cultural e social brasileira, bem como do processo de globalização, é necessário rever paradigmas e construir novos saberes que possibilitem a instauração de novos direitos, porque, tanto a educação quanto os saberes ambientais, são entendidos como processos em construção, que se fazem à medida que os indivíduos vão compreendendo a realidade em que vivem.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2001), ao analisar as condições cambiantes da vida social e política, por intermédio de uma sociologia humanística, realça o fato da sociedade de risco mostrar, como característica preponderante na pós-modernidade, o caráter líquido dos conceitos tidos como clássicos. Dessa maneira, tudo que parecia ser bem fundamentado, firme e incontestável passa a se dissipar, alastrando incertezas e inseguranças por todos os ramos do conhecimento, inclusive no Direito.

Fazendo uma investigação do tratamento dos riscos, Marie-Angèle Hermitte (2006) destaca que todas as sociedades têm conhecimento dos perigos que as ameaçam e procuram evitá-los por meio de práticas mágicas, preces ou sistemas técnicos: a estratégia escolhida que consiste em evitar o perigo é a marca de uma relação com o risco. Segundo ela, entre o fim do século XVII e o início do século XIX, as sociedades ocidentais descartaram as

explicações mágicas e religiosas para iniciar a pesquisa científica das causas dos males que as ameaçavam.

O contexto demonstra que o sistema científico de explicação dos danos se incluiu na mentalidade contemporânea dos países desenvolvidos, constituindo a relação com o risco que lhes é própria; e quando, no século XIX, a sociedade industrial se envolvia em experimentação generalizada produtiva de novos riscos, procurava, incansavelmente, as causas para recorrer à prevenção dos riscos que decorriam dela, uma vez comprovada a ligação entre uma causa e um efeito. A pesquisa dessas ligações esclareceu o desenvolvimento da prevenção, as transformações da responsabilidade e a expansão da segurança.

Os riscos da sociedade de risco, os novos riscos, têm como principal característica sua origem, ou seja, a tomada de decisão: a transformação de incertezas em decisões com efeitos globais. Ao contrário dos velhos riscos, os quais consistiam em efeitos colaterais do processo de industrialização, hoje, eles são centrais e estruturais à sociedade. Antes, as decisões eram tomadas com base em normas fixas de calculabilidade, ligando meios e fins ou causas e efeitos. Após a percepção social dos novos riscos a ciência perdeu seu *status* de infalível e os critérios e métodos científicos começaram a ser contestados. [...]. Portanto, a ciência e a técnica passaram a ser postas em dúvida. (HENKES, 2008, p. 165).

Na modernidade, a tradição deixa de ser fonte orientadora das ações humanas. A descontinuidade entre a modernidade e a ordem social tradicional abrange o que Giddens (1994) denomina de ritmo de mudança, espaço da mudança e natureza intrínseca das instituições modernas. Isso significa que, se a modernidade permitiu aos homens uma vida mais segura e com infindáveis possibilidades de desenvolvimento tecnológico, permitiu também um maior potencial destrutivo do meio ambiente.

De acordo com o sociólogo alemão Ulrich Beck (1986), principal referência acerca da teoria da sociedade de risco, o risco é escorregadio, invisível e a sua composição é futura. O risco tem dimensões não materiais que escapam à possibilidade de compreensão da ciência. Ademais, o risco tem uma potencialidade de destruição a longo prazo e uma tendência à universalização, globalizando-se para além de qualquer classe social. O risco existe para todos, independentemente do pertencimento de classe. O que diferencia a exposição ao risco são as condições materiais dos indivíduos de criarem estratégias contra as ameaças.

Sparemberger e Rammê (2011, p. 4) destacam os posicionamentos de Beck e Giddens sobre o risco:

Para Beck (1997), assim como para Giddens (1991), o conceito de risco está diretamente relacionado ao conceito de modernidade reflexiva. Riscos, diz Beck (1997), são formas sistemáticas de lidar com os perigos e as inseguranças induzidas e introduzidas pelo próprio processo de modernização. Esses novos riscos são riscos fabricados, na terminologia de Giddens (1991). Claro que havia riscos anteriormente. Mas, os riscos de antigamente eram riscos pessoais. Por isso mesmo gerou-se a conotação de aventura e ousadia. Já os riscos na sociedade reflexiva extrapolam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais. Produzidos numa região podem afetar, e continuamente o fazem, outras regiões. São riscos que extrapolam também as fronteiras temporais: não apenas nós, mas as gerações futuras estão em risco.

A sociedade de risco, não obstante seu caráter negativo, oferece à sociedade de modo geral e ao poder público a oportunidade de refletir sobre a forma de vida que estão projetando para as presentes e futuras gerações, considerando a intervenção descontrolada sobre o meio ambiente. A modernidade não conseguiu resolver, de forma satisfatória, as questões que afligem a sociedade. No estágio em que se encontra atualmente a sociedade, os riscos representam o agravamento das ameaças, sendo um momento crucial para a humanidade, no qual terá que se decidir sobre o estilo de vida das gerações presentes e o que se pretende legar às futuras gerações.

Silva (2002, p. 2) salienta que:

Com efeito, a politização do debate que envolve a interação do homem com a natureza, a transformação da natureza pela ação humana, e a consequente transformação das relações estabelecidas dos homens entre si, constitui um dos pilares para a formação e consolidação de espaços democráticos, de ampliação da cidadania, e por extensão, da construção de alicerces rumo a uma sociedade sustentável. A educação ambiental não deve ser concebida como panaceia para resolução dessa problemática, constitui, sim, num valioso instrumento para a construção de uma sociedade sustentável.

A percepção e conscientização dos graves problemas que afligem hoje a humanidade, com destaque aqui para os decorrentes da ilimitada expansão das forças produtivas, que geram desequilíbrios ecossistêmicos e agridem o meio ambiente como um todo é, sem dúvida, uma questão maior a ser

equacionada no debate sobre políticas públicas, notadamente o processo educacional – com suas diferentes visões e projetos de sociedade, deve permear esse debate, no sentido de aprofundar adequadamente as raízes dessa problemática e apontar caminhos para a sua superação.

Para Pelegrini (2006, p. 136):

A focalização das políticas públicas, em síntese, pode apresentar um conjunto de medidas assentadas num tripé fundamental, qual seja a recuperação física da área degradada, a revitalização funcional urbana e a otimização da gestão ambiental local. Dessa maneira, torna-se viável a promoção do desenvolvimento sustentável e a inclusão da população, a quem de direito pertence o patrimônio cultural e natural.

É preciso, sobretudo, a mobilização, o pôr a ação em movimento, mesmo que o processo de conhecimento da complexidade das interações entre meio ambiente e sociedade seja revelador de novas facetas da realidade, podendo tornar-se um meio de denunciar o que está oculto. É indispensável ultrapassar a perspectiva da simples denúncia ou da mera constatação de fatos, do contrário permanecer-se-á em um posicionamento meramente contemplativo, ainda que “crítico”. Por isso, torna-se imperativa a necessidade de que haja não apenas um compromisso com a transformação social, mas a vivência efetiva de ações transformadoras concretamente, nos termos de Freire (1997) e De Bastos e Saito (2000).

À medida que se observa cada vez mais dificuldade de manter-se a qualidade de vida nas cidades e regiões, é preciso fortalecer a importância de garantir padrões ambientais adequados e estimular uma crescente consciência ambiental, centrada no exercício da cidadania e na reformulação de valores éticos e morais, individuais e coletivos, numa perspectiva orientada para o desenvolvimento sustentável.

A educação ambiental, como componente de uma cidadania abrangente, está ligada a uma nova forma de relação ser humano/natureza, e a sua dimensão cotidiana leva a pensá-la como somatório de práticas e, conseqüentemente, entendê-la na dimensão de sua potencialidade de generalização para o conjunto da sociedade. (JACOBI, 2003, p. 200).

Por conseguinte, revela-se a educação ambiental, com suas diversas alternativas, como ferramenta de combate à culturalização da cidade e à mercantilização espetacular do patrimônio, com o objetivo de atacar a perda

da memória local, a intervenção urbanística desarrazoada e a visão singular da cidade e do patrimônio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Costa (2009, p. 3) refere que “[...] a cidade representa um lugar artificial da história”, relatando uma dialética constante entre a manutenção e a transformação do patrimônio. No entanto, a crise da noção de cidade, presente no pensamento urbano contemporâneo, reflete a espetacularização das cidades contemporâneas, em que o modelo de gestão patrimonial segue normas não adaptadas às particularidades locais, transformando lugares, com diferentes culturas, em uma paisagem homogeneizada.

É preciso compreender que houve a modificação do perfil das cidades contemporâneas decorrente da culturalização e mercantilização do patrimônio. O patrimônio das cidades passou a ser explorado como um instrumento de desenvolvimento econômico, especialmente pelas práticas de lazer, de saber e de turismo. Todavia, a mercadoria em que se transformou o espaço não reproduz as necessidades da população, porque são resultado da intervenção da política e do poder, especialmente com base em estratégias de *marketing* do patrimônio cultural.

A busca da identidade cultural da cidade, no sentido de um caráter homogeneizado, mostra-se uma estratégia derrotada. A exigência de um espaço urbano dotado de padrão mundial revela a reestruturação produtiva da sociedade capitalista que busca o fortalecimento da exploração do mercado dos bens culturais à custa da quebra das identidade e memória locais, sem uma política patrimonial pluralista, capaz de levar em consideração a diversidade ambiental.

Consequentemente, a educação ambiental deve ser interpretada como um instrumento capaz de combater a transformação do espaço urbano em mercadoria, capaz de reduzir e impedir, efetivamente, a contradição entre o valor de uso da cidade e o seu valor de troca, mantendo a memória da cultura local e afastando a singularidade e a gentrificação, bem como deve ser interpretada como elo possível para a implementação de políticas públicas plurais que estimulem a promoção do desenvolvimento sustentável e que sejam inclusivas da população, a qual detém a titularidade do patrimônio.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único**: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1986.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade, 2006.

COSTA, Everaldo Batista. Patrimônio, território e memória: da preservação ao significado das cidades. In: SEMINÁRIO PATRIMÔNIO CULTURAL: CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO NO SÉCULO XXI (300 ANOS DA VILAS MINEIRAS), 5., 2009, Ouro Preto. *Anais...* Ouro Preto: FAOP, 2009. Disponível em: <<http://www.faop.mg.gov.br/images/Texto%20Everaldo%20Batista%20da%20Costa.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

COSTA, Everaldo Batista; SCARLATO, Francisco Capuano. As fases de (re)produção do patrimônio cultural brasileiro: interpretação e valorização da paisagem urbana da gênese colonial à mercantilização das cidades históricas no Brasil. *OLAM: Ciência e Tecnologia*, Rio Claro, ano 9, v. 9, n. 1, p. 7-47, jan./jul. 2009.

COUTINHO, Ronaldo. Mercado cultural e proteção jurídica do patrimônio cultural urbano. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Org.). **Patrimônio cultural e sua tutela jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 3-19.

DE BASTOS, F. P.; SAITO, C. H. **Abordagem energética na educação ambiental**. Rio de Janeiro: ASDUERJ, 2000. v. 13.

EVANS, G. **Cultural planning, an urban renaissance?**. London: Routledge, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GARCÍA CANCLINI, Néstor. Los usos sociales del patrimonio cultural. In: AGUILAR CRIADO, Encarnación (Org.). **Patrimonio etnológico**: perspectivas de estudio. Sevilla: Consejería de Cultura, Junta de Andalucía, 1999. p. 16-33.

GIDDENS, Anthony. Admirável mundo novo: o novo contexto da política. **Cadernos CRH**, Salvador, n. 21, p. 9-28, jul./dez. 1994.

HAUMONT, A. L'équipement culturel des villes. **Les annales de la recherche urbaine**, n. 70, p. 148-153, 1996.

HAUSSERMANN, H. **Grossstadt**: soziologische stichworte. Opladen: Leske + Budrich Verlag, 2000.

HENKES, Silviana Lúcia. **As decisões político-jurídicas frente à crise hídrica e aos riscos**: lições e contradições de transposição do rio São Francisco. 451 f. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

HERMITTE, Marie-Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Direito, sociedade e riscos**: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Brasília: UniCEUB, 2006. p. 11-12.

JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 118, p. 189-205, mar. 2003.

JACQUES, Paola Berenstein. Patrimônio cultural urbano: espetáculo contemporâneo? **Revista de Urbanismo e Arquitetura**, Salvador, v. 6, n. 1, p. 32-39, 2003.

LEFÈBVRE, Henri. **Espaço e política**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

LOWENTHAL, David. Why sanctions seldom work: reflections on cultural property nationalism. **International Journal of Cultural Property**, London, v. 12, p. 393-423, 2006.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. Livro I.

MEYER, H. **City and port**: urban planning as a cultural venture in London, Barcelona, New York and Rotterdam: changing relations between public urban space and large-scale infrastructure. Rotterdam: International Books, 1999.

PAES-LUCHIARI, Maria Tereza D. Centro históricos: mercantilização e territorialidades do patrimônio cultural urbano. **GEOgraphia**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 14, p. 43-58, 2006.

PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas nas esfera do patrimônio cultural e natural. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 26, n. 51, p. 115-140, 2006.

POULOT, Dominique. **Uma história do patrimônio no Ocidente, séculos XVIII-XXI**: do monumento aos valores. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

PRATS, Llorenç. La mercantilización del patrimonio: entre la economía turística y las representaciones identitarias. **PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico**, España, n. 58, p. 72-80, may 2006.

REIS, Marina Gowert; ALBERNAZ, Renata Ovenhausen. A mercantilização cultural e o processo participativo de patrimonialização de bens culturais. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, p. 1-10, out. 2014.

SÁNCHEZ, Fernanda. **A reinvenção das cidades para um mercado mundial**. Chapecó: Argos, 2003.

SILVA, Alberto Luiz Teixeira. Reflexividade e educação ambiental: bases para uma sociedade sustentável. In: ANPPAS, 1., 2002, Indaiatuba.

Anais... Indaiatuba, 2002. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/sociedade_do_conhecimento/Alberto%20Teixeirada%20Silva.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2013.

SPAREMBERGER, Raquel F. L; PAZZINI, B. O ambiente na sociedade de risco: possibilidades e limites do surgimento de uma nova cultura ecológica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-168, jul./dez. 2011.

SPAREMBERGER, Raquel; RAMMÊ, Rogério Santos. Direitos humanos e ecocidadania: ambiente, risco e o despertar do sujeito ecológico. **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**, v. 11, n. 17, p. 1-12, 2011.

VAINER, Carlos B. Pátria, empresa e mercadoria: notas sobre a estratégia discursiva do planejamento estratégico urbano. In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia (Org.). **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 75-103.

VAZ, Lilian F. A “culturalização” do planejamento e da cidade: novos modelos?. In: CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL PLANNING HISTORY SOCIETY, 11., 2004, Barcelona. **Anais...** Barcelona: ETSAV, 2004.

VIEIRA, Marco Estevão de Mesquita. **Distinção, cultura de consumo e gentrificação: o Centro Cultural Banco do Brasil e o mercado de bens simbólicos**. 292 f. 2006. Tese (Programa de Pós-Graduação em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

WANSBOROUGH, M.; MAGEEAN, A. The role of urban design in cultural regeneration. **Journal of Urban Design**, London, v. 5, n. 2, p. 181-197, 2000.

WERWIJNEN, J. Sobre o planejamento cultural e estratégico: fazer cidade: planos, estratégias e desígnios. In: BRANDÃO, P.; REMESAR, A.

(Org.). **O espaço público e a interdisciplinaridade**. Lisboa: Centro Português de Design, 2000. p. 90-98.

Submetido em: 21/09/2014

Aprovado em: 20/01/2015

Como citar: BLANK, Dionis Mauri Penning; PARFITT, Claire Morrone. **A utilização da cultura como instrumento de desenvolvimento econômico e o papel da educação ambiental**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.105-124, jun.2015.

Interpretação sistêmica e a possibilidade de recuperação judicial para as sociedades em comum

SYSTEMIC INTERPRETATION AND THE POSSIBILITY OF JUDICIAL RECOVERY FOR SOCIETIES IN COMMON

* Juliana Hinterlang dos Santos Costa

** Marlene Kempfer

Resumo: A Sociedade em Comum foi introduzida na legislação brasileira a partir do Código Civil de 2002 em seus artigos 986 a 990. Em período anterior ela era analisada sob a denominação sociedade irregular ou sociedade de fato. A primeira se caracterizava por haver contrato escrito, mas, este não havia sido levado a registro perante o órgão competente e a segunda quando não havia o contrato social. Este estudo tem por objetivo analisar a figura da Sociedade em Comum, no atual ordenamento jurídico, a partir da interpretação majoritária que não reconhece o direito à recuperação judicial. Aponta-se que esta interpretação desconsidera: i) princípios que regem a ordem jurídica e o subsistema econômico; e, ii) que a legislação atual permite a sua responsabilização diante de deveres jurídicos nas esferas trabalhista, tributária, concorrencial e consumerista. Sob estes principais argumentos é que têm destaque a interpretação sistemática para defender o direito à recuperação judicial. Assim, efetiva-se a segurança jurídica material.

Palavras-Chave: Análise sistêmica; Recuperação de empresa; Sociedade em comum.

Abstract: The Society in Common was introduced in the Brazilian legislation in articles 986 to 990 of the Civil Code of 2002. In period before it, was analyzed like irregular society or company in fact. The first was characterized by having written contract, but this had not been brought to registration with the competent body and the second when there was not the social contract. This study aims to analyze the figure of the Society in Common, in the current legal system, from the majority interpretation, that does not recognize the right to judicial recovery. It is pointed out that this interpretation ignores: i) the principles of the legal system and of the economic subsystem; and, ii) that the current legislation allows their accountability before legal duties in labor spheres, tax, competitive and consumerist. In these main arguments, that is highlighted the systematic interpretation to defend the right to judicial recovery. So the material legal security is effective.

Keywords: Systemic analysis; Recovery company; Society in common.

* Mestre em Direito Negocial e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR). E-mail: juliana.hinterlang@gmail.com

** Professora da graduação e do programa de mestrado na Universidade Estadual de Londrina. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: mkempfer@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Sociedade em Comum foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código Civil de 2002 entre as denominadas sociedades despersonalizadas, para unificação das antigas sociedades de fato e irregulares. Prevê o art. 986 que as Sociedades em Comum são aquelas que não levaram seus atos constitutivos a registro perante a Junta Comercial e, por isso, são consideradas informais.

Vale destacar alguns dados interessantes sobre as Sociedades em Comum no cenário econômico brasileiro. Olivon (2013) em reportagem produzida para a revista Exame trouxe informações sobre o quanto do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil foi produzido através das atividades informais: “A chamada economia subterrânea (produção de bens e serviços não reportada ao governo, que fica à margem do PIB nacional) chegou a 730 bilhões de reais em 2012”, sendo que esse montante “representava no final de 2012 o equivalente a 16,6 % do PIB”, essas informações foram retiradas do Índice de Economia Subterrânea (IES) elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) com o IBRE/FGV.

Quanto ao número de trabalhadores abarcados pelo mercado informal, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2014), na Síntese de Indicadores Sociais, estimou no ano de 2014 que o Brasil contava com “40 milhões de pessoas ocupadas em trabalhos informais”

Mesmo tendo considerável participação na geração de empregos e renda no Brasil, atualmente, a Sociedade em Comum fica impossibilitada de usufruir o direito à recuperação judicial, por não ter levado seus atos constitutivos a registro. Qualifica-se esta interpretação de injusta, uma vez que diante das obrigações legais nas esferas trabalhista, consumerista, tributária, consumidor e concorrencial, ela é chamada a responder por seus atos.

O presente estudo tem por escopo fazer uma análise sistêmica do ordenamento pátrio, para viabilizar a recuperação judicial das Sociedades em Comum, sem que isso gere insegurança jurídica. Ao contrário, destaca-se, a importância de mantê-la no mercado, nas hipóteses em que sejam viáveis economicamente, pois trarão benefícios para o domínio econômico.

Em pesquisa realizada pela Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas – CNDL e pelo Serviço de Proteção ao Crédito SPC/Brasil, verificou-

se que as atividades tidas como informais, como é o caso das Sociedades em Comum, vislumbram “o crescimento dos seus negócios dado que 82% deles disseram tentar sempre melhorar seu negócio e que 75% pensam em ampliá-lo” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS DIRIGENTES LOGISTAS, 2013, p. 4). A possibilidade de recuperação para as Sociedades em Comum vem de encontro com esse desejo dos empreendedores, já que poderiam de fato ampliar seu negócio e com isso contribuir para a geração de emprego, receitas tributárias e com o ambiente concorrencial como um todo.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se do método dedutivo, analisando as legislações pertinentes ao tema, para aplicá-las ao caso da recuperação judicial das Sociedades em Comum.

1 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS PERANTE AS DÍVIDAS DAS SOCIEDADES EM COMUM

O Código Civil de 2002, utilizando-se da expressão já trazida no Código Comercial de 1850, optou por denominar as sociedades que não possuem seus atos constitutivos registrados no órgão competente de Sociedades em Comum. Não se trata, portanto, de nova espécie societária, mas apenas de nova denominação, conforme enunciado nº 58 da Jornada de Direito Civil “art. 986 e seguintes: a Sociedade em Comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular” (BRASIL. 2002).

Fiuzza (2004, p. 909) ao comentar sobre o art. 986 do Código Civil (CC), traz conceito de Sociedade em Comum:

A Sociedade em Comum é um tipo de sociedade não personificada, constituída de fato por sócios para o exercício de atividade empresarial ou produtiva, com repartição de resultados, mas cujo ato constitutivo não foi levado para inscrição ou arquivamento perante o registro competente.

No atual regramento, as Sociedades em Comum abrangem as sociedades que no mundo fático reúnem os requisitos de atividade econômica, além daquelas que possuem contrato escrito, mas que ainda não realizaram o registro de seus atos constitutivos junto ao órgão competente, que no Brasil são as Juntas Comerciais ou Registro Público de Empresas Mercantis.

Essas sociedades normalmente dispõem de faturamento baixo e podem ser enquadradas entre as microempresas, empresas de pequeno porte ou

empreendimentos econômicos solidários.

As Sociedades em Comum estão previstas no Código Civil de 2002 nos arts. 986 a 990, utilizando-se, subsidiariamente, as normas congruentes e compatíveis das Sociedades Simples estabelecidas pelos arts. 997 a 1000 para sua regulamentação.

Impõe o texto do Código Civil que é imprescindível o arquivamento do contrato social no registro próprio e que, enquanto não o fizer, a sociedade deixa de adquirir personalidade jurídica própria, conforme previsto em seu art. 45, “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo [...]” (BRASIL, 2002).

A principal discussão existente nesse quesito diz respeito ao termo empregado para configurar essa espécie societária. Estaríamos diante de uma atividade empresária irregular ou apenas informal?

Martins (1998, p. 237) posiciona-se no sentido de que a sociedade será irregular, quando:

[...] se organiza legalmente, arquivando seus atos constitutivos no Registro do Comércio mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua a sociedade a funcionar irregularmente, perdendo, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual).

A Sociedade em Comum, ao ser constituída visando a exploração de atividade empresarial lícita, não pode ser considerada irregular, mas informal, por não preencher uma forma estabelecida em lei, que é o registro do contrato social. Somente seria considerada irregular se os seus sócios praticassem atos que pudessem comprometer a espécie societária escolhida, por exemplo, a exploração de objeto ilícito.

Corroborando com esse entendimento Lanza Neto (2008, p. 6777) para quem a regularidade da Sociedade em Comum relaciona-se com os atos praticados por ela em consonância com a legislação e não a forma pela qual veio a ser constituída:

A irregularidade da Sociedade em Comum não é verificada pela ausência de arquivamento de eventual Contrato Social junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (art. 985 do CC) ou mediante contrato escrito, particular ou público devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (no caso da Sociedade Simples – artigos 997 e 998 do CC). [...] Ou seja, sendo as atividades empresariais da Sociedade em Comum desenvolvidas em conformidade com a lei, é considerada como regular.

A Sociedade em Comum, tendo seu objeto de exploração lícito, mantendo anotações contábeis de suas atividades, de acordo com a solicitação legal, não pode ser considerada irregular, mas apenas informal, posto que sua atividade está ligada ao desenvolvimento do mercado.

O Código Civil ainda estabelece a existência de um patrimônio separado, afeto à atividade empresária. Em seu art. 988, estatui que “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum” (BRASIL, 2002).

A demonstração legal da existência de um patrimônio, separado para a própria atividade, expõe o seu caráter societário. Este é um dos atributos decorrentes de personalização. Gonçalves Neto (2008, p. 141) assevera que “se a sociedade não se registra para atuar regularmente, mas, ainda assim, desenvolve atividade econômica, os atributos da personalidade não lhe podem ser franqueados”. Esse patrimônio não pertence a um dos sócios, ou a cada um de forma individualizada, ao contrário, o patrimônio é destacado do patrimônio dos sócios, constituindo-se um novo patrimônio que será utilizado para o desenvolvimento da atividade, além de ser acrescido dos resultados dali obtidos. O escopo desse patrimônio afeto à atividade é garantir o pagamento das dívidas contraídas pela Sociedade em Comum perante os credores, mais um motivo pelo qual a recuperação judicial não deve ser negada.

Entre as previsões do Código Civil, a que se mostra mais importante para esse estudo está ligada a responsabilidade dos sócios perante as dívidas sociais e ao benefício de ordem, pois conforme estabelece o art. 990 “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade” (BRASIL, 2002).

A principal novidade em relação à Sociedade em Comum está na previsão do art. 990, que estabelece que os sócios somente respondem com seus bens pessoais, após esgotado todo o patrimônio especial, separado para

a atividade. Todavia, aquele que contratou pela Sociedade está excluído desse benefício de ordem, que é aquele previsto no art. 1.024 do Código Civil “os bens particulares do sócio não podem ser executados por dívidas das sociedades, senão depois de executados os bens sociais” (BRASIL, 2002).

A responsabilidade dos sócios da Sociedade em Comum vem a ser subsidiária, ou seja, primeiro o patrimônio afeto e, em seguida, o patrimônio pessoal. Enquanto o administrador, ou seja, aquele que contratou em nome da Sociedade, tem responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações contratuais. Isso implica que, em não havendo cumprimento das cláusulas do contrato, o terceiro que com a sociedade contratou poderá exigir o seu cumprimento seja do sócio ou da sociedade, de forma indistinta.

No Código Civil, fica claro que a natureza jurídica da Sociedade em Comum é de sociedade empresária desde que ela exerça atividades típicas de empresário e não aquelas excluídas pelo art. 966, parágrafo único, profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Quanto à aquisição de personalidade jurídica pelo registro, a discussão se dará em momento oportuno.

2 RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE EM COMUM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como observado anteriormente, os sócios das Sociedades em Comum são os responsáveis pelas dívidas da sociedade, depois de esgotado o patrimônio especial. Este capítulo pretende analisar a possibilidade de responsabilidade da Sociedade em Comum e dos seus sócios, perante a legislação concorrencial, tributária, trabalhista e consumerista, para viabilizar a recuperação judicial da Sociedade em Comum, tendo os sócios como responsáveis subsidiários.

2.1 A Sociedade em Comum Frente a Lei de Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído pela lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011), é o responsável pela repressão ao abuso do poder econômico que tenha por escopo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência, além aumento arbitrário dos lucros, de acordo com a previsão do art. 173, §4º da Constituição Federal e prevenção que vise evitar práticas anticompetitivas.

A Lei de Defesa da Concorrência, quanto ao aspecto repressivo, estabelece a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas, além

dos entes despersonalizados que venham a praticar ilícitos contra a ordem econômica e a economia popular, nos termos do art. 173, §5º da Constituição Federal:

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 1988).

Dispõe este texto legal que os entes despersonalizados, podem e serão responsabilizados perante os ilícitos concorrenciais, uma vez que a lei estabelece uma ampla legitimação passiva e prevê uma abrangente possibilidade de responsabilização dos agentes econômicos por condutas anticoncorrenciais, conforme art. 31, *retro*:

Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (BRASIL, 2011).

Nesse mesmo sentido, o art. 32 da Lei 12.529/2011 estabelece que “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente” (BRASIL, 2011).

No que tange ao aspecto repressivo, de atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não existe na jurisprudência do CADE decisão que tenha por sujeito ativo da infração uma Sociedade em Comum, ou ente despersonalizado¹, isto porque para infringir uma norma da concorrência, o infrator deve possuir poder econômico, conforme o entendimento pacífico do CADE, abaixo colacionado:

Não pode infringir a ordem econômica quem não disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante (Averiguação Preliminar nº 080000.011085/94-62 – Conselheiro Artur Barrionuevo Filho).

¹ Quando utilizado para pesquisa os termos “ente despersonalizado”, “despersonalizado”, “Sociedade em Comum”, “Sociedade de Fato”, “Sociedade Irregular” não houve resposta positiva no site do CADE <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>.

EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. A presença de poder de mercado é indispensável ao reconhecimento do abuso (Averiguação Preliminar nº 08000.016012/94-76 – Conselheiro Artur Barrionuevo Filho).

A infração à ordem exige que o sujeito ativo da infração detenha poder de mercado (Representação nº 87/92, Conselheiro Leônidas Xausa (CENTRO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2007, p. 15).

Quanto ao aspecto de atuação preventiva, tem-se que a competição entre os agentes econômicos nem sempre é livre e perfeita, dependendo, principalmente, da natureza dos mercados e das políticas econômicas. Quer-se com esta intervenção, evitar os comportamentos monopolistas, pois quanto maior é o poder de mercado de um agente econômico, maior é a chance de ele se comportar de maneira a reduzir as ofertas e aumentar os preços.

Segundo Centro Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2007, p. 18) seu papel preventivo “corresponde basicamente à análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente a concorrência”.

O CADE deverá analisar economicamente cada caso em concreto, para que, havendo dominação de mercado, ainda que realizado por Sociedades em Comum, ele possa buscar evitar a concentração empresarial que seja prejudicial ao mercado concorrencial e aos consumidores.

O Regime Jurídico da Capacidade Tributária e a Obrigação de Pagar Tributos Pelas Sociedades em Comum

Para entender a capacidade tributária das Sociedades em Comum e a sua obrigação de pagar tributos, necessário que se faça a utilização de um enfoque sistêmico, abordando a questão na esfera doutrinária e jurisprudencial, na seara Constitucional, para, em seguida, analisar o Código Tributário Nacional (CTN).

A Constituição Brasileira de 1988 prevê o dever fundamental de pagar tributos em seu art. 145 ao estabelecer aos entes federados competências para instituir tributos, criados por leis que determinam quem são os respectivos contribuintes. O dever de pagar tributos está relacionado aos meios pelos quais o Estado realiza os objetivos com os quais se comprometeu, revelando sua soberania.

Este dever fundamental deve ser interpretado de duas maneiras, a primeira em relação à obrigatoriedade de instituir os tributos previstos na

Constituição, por parte dos entes federados, já que os tributos são a principal fonte de recursos para concretização das políticas públicas e responsabilidades estatais; e a segunda, que é a mais importante nesse estudo, está relacionada ao aspecto de que todos estão sujeitos às incidências tributárias, na medida de suas capacidades contributivas individuais, conforme previstas na Constituição, no Código Tributário Nacional com normas gerais, e nas legislações tributárias nas esferas federal, estadual e municipal. Razão pela qual devem cumprir com a obrigação tributária. Tal conclusão decorre da própria ordem constitucional e dos objetivos que a fundamentam.

Diante da obrigação imposta pela Constituição, de que todos devem pagar tributos, na medida de suas capacidades, é importante analisar a relação jurídico-tributária, em seu critério pessoal, mais especificamente na figura do contribuinte diante da capacidade tributária passiva, no intuito de entender a responsabilidade tributária das Sociedades em Comum.

A ocorrência do evento tributário, no plano fático, além da subsunção do fato à hipótese tributária é o que importa para fins de tributação, criando direitos e deveres na relação jurídica, a partir de onde se analisa a capacidade tributária passiva.

A capacidade tributária passiva independe da capacidade civil, de existir medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais para as pessoas naturais. Paulsen (2012, p. 113) conclui “que quem realiza o fato gerador está obrigado ao pagamento do tributo, ainda que não tenha ou não esteja no gozo de capacidade civil plena ou que esteja atuando mediante sociedade irregular ou de fato”. Para as pessoas jurídicas, não existe necessidade de regularização, nos termos do Código Civil, basta a configuração de uma unidade econômica ou profissional, de acordo com o disposto no art. 126 do Código Tributário Nacional.

Concorda com esse posicionamento Amaro (2007, p. 330) “a sociedade de fato ou a sociedade irregular também não são circunstâncias impeditivas do nascimento de obrigações tributárias, surgidas pela ocorrência de fatos geradores identificáveis no exercício das atividades dessas sociedades”

Ainda nesse sentido, importante o entendimento trazido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao analisar a Apelação/Reexame Necessário nº 2003.70.02.003303-8 em que o contribuinte de Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF) realizava atividade de revenda de carro, sem contudo contar com o registro, abaixo:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. NULIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL À DESCOBERTO. REVENDA DE VEÍCULOS. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. O artigo 126, inciso III, do Código Tributário Nacional prevê que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional. [...] Embora o autor não tenha apresentado documentação hábil a comprovar ser proprietário de revenda de veículos, os negócios por ele efetuados levam à conclusão de que os adquiria com a finalidade de comercializá-los. Em conformidade o princípio da interpretação objetiva do fato gerador, é irrelevante a regularidade da atividade desenvolvida pelo contribuinte para que o Fisco, verificando a existência de omissão fiscal, efetue o lançamento, independentemente de o contribuinte ter registrado ou não seus atos constitutivos na junta comercial (BRASIL, 2008).

O contribuinte, mesmo não comprovando sua condição de pessoa jurídica, foi tributado no Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), pois houve omissão fiscal, já que o fato jurídico relevante para a tributação ocorreu, qual seja, a revenda de veículos, independente de seus atos constitutivos estarem ou não arquivados na Junta Comercial. Entendeu-se pela aplicação da Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal - SRF nº 152/1998, que trata da base de cálculo das operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, o que levou ao lançamento de ofício pelo Fisco em razão da omissão fiscal.

Reconhecido está que a Sociedade em Comum realiza eventos passíveis de serem considerados fatos jurídicos relevantes para a tributação. Importante, nesse momento, analisar a hipótese do não pagamento do tributo pela Sociedade em Comum e a possibilidade de Execução Fiscal para o seu recebimento.

Para isso, é importante analisar a inscrição em dívida ativa apenas no aspecto que é de interesse para esta pesquisa, quanto a emissão da Certidão de Dívida Ativa (CDA). Por meio de processo administrativo de dívida ativa, a Fazenda Pública torna o crédito tributário passível de execução. Bartini (2012, p. 168) assevera que: “A inscrição em dívida ativa somente poderá ocorrer quando o crédito tributário devidamente constituído não foi pago no vencimento”. E continua “Tal inscrição será realizada pela autoridade competente para que se possa cobrar judicialmente o crédito tributário que não fora quitado no prazo, com os devidos encargos legais”. O crédito tributário

deve estar regularmente constituído e o prazo para pagamento deve ter sido encerrado para que a inscrição em dívida ativa possa ocorrer.

No caso da Sociedade em Comum, que não possui personalidade jurídica conferida por lei, prevê Carvalho (2009, p. 346-347) que se o legislador “pretende inscrever, na hipótese normativa, sujeito sem personalidade jurídica, outorgando-lhe capacidade para realizar o acontecimento tributário” deverá prescrever a pessoa física ou jurídica admitidas por lei no intuito de responsabilizar-se pelo ente que promoveu o evento.

Isso significa que, seguindo os parâmetros do Código Civil, em seu art. 990 caberia aos sócios da Sociedade em Comum responderem pela dívida tributária, na modalidade de responsável tributário, sendo que a responsabilidade entre eles é solidária e ilimitada.

A solidariedade passiva tributária é determinada pelo que prevê o art. 124 do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem (BRASIL, 1966).

Na hipótese dos sócios da Sociedade em Comum, a solidariedade decorre do interesse em que possuem na situação que constituiu o fato jurídico tributário da obrigação, ou seja, a responsabilidade será assumida pelos sócios em razão da confusão patrimonial.

No âmbito tributário, há o reconhecimento da Sociedade em Comum entre os sujeitos de fato da relação jurídico tributária, detentora de capacidade passiva tributária, enquanto a capacidade de direito, fica adstrita aos seus sócios a responsabilidade pelas obrigações tributárias contraídas, inclusive quanto aos deveres instrumentais.

2.2 O Código de Defesa Do Consumidor e a Responsabilização das Sociedades em Comum

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) também prevê a possibilidade de responsabilização dos entes despersonalizados na figura do fornecedor diante de uma relação de consumo. Em seu art. 3º considera

fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados” (BRASIL, 1990).

Filomeno (2007, p. 35) entende que fornecedores são “todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título”. Para o autor, não importa se a oferta é a título gratuito ou oneroso, basta que haja a relação de entrega do produto ou serviço.

No intuito de entender o real conceito de fornecedor, para então analisar a responsabilização das Sociedades em Comum, é necessário um maior aprofundamento e desenvolvimento no conceito estabelecido pela legislação consumerista.

O art. 3º não trata da necessidade de habitualidade e profissionalismo para que o ente possa ser responsabilizado perante o CDC. Lisboa (2001, p. 112) é um dos autores que discorda e assevera que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, no exercício de sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo”. Para o autor há necessidade do quesito profissionalidade para a configuração do fornecedor.

Não é possível concordar com a necessidade de profissionalismo para o enquadramento no quesito fornecedor. A análise deve partir do pressuposto de que o fornecimento visou a participação no mercado de consumo, de modo a suprir as necessidades do consumidor, ainda que não seja de forma profissional. Exemplo clássico é o apresentado por Andrade (2006, p. 30) onde um engenheiro, que tem por profissão a engenharia, porém, também atua vendendo perfumes. Nesse caso, o profissionalismo dele está relacionado à engenharia, todavia, não é porque ele vende perfumaria apenas para incremento na renda, ou seja, de forma não profissional, que não poderá ser responsabilizado por algum vício apresentado.

No que diz respeito ao profissionalismo, interessante exemplo é trazido por Nunes (2012, p. 122) ao abordar a figura do consumidor. Se a pessoa adquire peças de vestuário para revendê-las, ele deixa de ser consumidor, e passa a ser fornecedor, mesmo que não o faça de forma profissional.

Outro requisito que não é essencial para a configuração do fornecedor é a habitualidade, já que diversas atividades ocorrem apenas em determinados períodos durante o ano, ou apenas dias. Nunes (2012, p. 135) entende pela desnecessidade de trabalho habitual, citando o exemplo de uma estudante que revende lingerie aos seus colegas para pagar os estudos. Mesmo que essa revenda ocorresse apenas no período natalino ou de férias, ela seria

considerada fornecedora pois sua atividade apesar de eventual é comercial e passível de responsabilização nos termos do CDC.

O descumprimento de obrigações impostas pelo regime consumerista impõe aos fornecedores sanções, independentemente de estarem regularmente constituídas nos termos da lei civil. Ou seja, sua condição jurídica não é óbice para que lhe sejam imputadas obrigações em relação aos consumidores de seus produtos ou serviços.

Depois dessa exposição acerca dos requisitos para a configuração do fornecedor, conforme art. 3º do CDC, é importante fazer um retorno ao início dessa discussão, quando se afirmou sobre a possibilidade dos entes despersonalizados serem considerados fornecedores, situação que possibilitaria a responsabilização das Sociedades em Comum por vícios em seus produtos ou serviços.

Os entes despersonalizados, citados no CDC são, nas palavras de Filomeno (2007, p. 47-48) “os que embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços”. É o caso da Sociedade em Comum, segundo o que dispõe o Código Civil.

No Recurso Especial nº 519.310/SP, a relatora Ministra Nancy Andrichi entendeu que:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos”, hipótese em que considerou “irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos”. (REsp 519.310/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA) (BRASIL, 2004).

Conforme decidido pela Ministra Nancy Andrichi, a responsabilização de uma atividade empresária perante o consumidor independe de sua natureza jurídica, sendo desnecessária a personalidade jurídica própria para configuração da pessoa jurídica, nos termos do que prevê o Código Civil Brasileiro. Nunes (2012, p. 138) entende que “é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas pessoas jurídicas de fato: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços, etc”.

Nesse sentido, se manifestou Leite (2002, p. 40) para quem “as entidades comerciais ou fabris de fato, isto é, aquelas não constituídas regularmente e popularmente conhecidas como empresas de fundo de quintal, ficam impedidas de utilizar o argumento da falta de personalidade jurídica formal” quando quiserem se evadir de suas responsabilidades para com os consumidores, posto que o CDC as incluiu expressamente quando exercerem atividades produtivas no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilização das Sociedades em Comum, pois de forma expressa cita os “entes despersonalizados” entre os fornecedores, já que muitas dessas sociedades existem no ambiente econômico. É neste sentido a afirmação de Nunes (2012, p. 138) “tais sociedades formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo”. Se elas existem, mais uma vez podem ser responsabilizadas, porém, quanto aos seus direitos, ficam à margem da lei.

2.3 O Regime Jurídico das Relações de Trabalho e as Sociedades em Comum na Qualidade de Empregadoras

Na esfera trabalhista, também é possível a responsabilização da Sociedade em Comum, pois o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é extremamente abrangente.

Para o diploma legal acima mencionado, empregador é qualquer “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL, 1943).

Os requisitos necessários à configuração do empregado não estão relacionados ao quesito personalidade jurídica da sociedade que o emprega. Basta que o trabalhador preste serviços, de forma subordinada e mediante salário para que seja possível a responsabilização do empregador perante a Justiça do Trabalho, pois os riscos da atividade foram por ele assumidos. Não há lógica para não apreciação dos direitos do trabalhador pelo simples fato de seu empregador não ser uma sociedade empresária legalmente constituída nos moldes do Código Civil. Dubugras (2009, p. 3) assevera que “a empresa empregadora pode ser formal ou informal, liderada por um ou mais indivíduos”.

Sendo hipótese de Sociedade em Comum, a responsabilização recairá sobre os sócios de forma solidária, conforme a previsão do Código Civil,

cabendo a qualquer dos sócios ser responsabilizado por débito decorrente do contrato de trabalho. Esse é o entendimento da jurisprudência brasileira, a 2ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 36000650055050161, entendeu pela configuração da sociedade de fato, hoje chamada Sociedade em Comum, onde qualquer dos sócios poderia ser responsabilizado, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por um deles, nos termos abaixo:

Contudo, não há como ser mantida. Isso porque ficou claro tratar-se do que se denomina de sociedade não personificada ou sociedade de fato, representada pela exploração de atividade econômica, sem que estivesse devidamente regularizado o registro dos seus atos constitutivos, sequer existentes. Em tal hipótese, assegura o art. 990, do Código Civil, a responsabilidade solidária e ilimitada dos seus integrantes, o que autoriza o credor a demandar contra qualquer deles, total ou parcialmente, a dívida. Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva, mormente porque não se caracterizou a sucessão empresarial, na medida em que a própria autora declarou que não mais trabalhou para a mulher do Recorrido, após a separação (BRASIL, 2006).

A Sociedade em Comum, quando explora atividade econômica, possuindo empregados, pode ser responsabilizada por débitos trabalhistas. Afasta-se qualquer tese de que os entes despersonalizados não podem ser considerados empregadores e passíveis de responder judicialmente por infração aos preceitos celetistas. Nesta hipótese, em sendo insuficiente ou na ausência de patrimônio especial, os sócios respondem com bens particulares pelas dívidas trabalhistas, que lhe são transferidas, posto que por não haver constituição legal da atividade empresária, a responsabilidade é ilimitada e solidária entre os sócios.

3 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E SEGURANÇA JURÍDICA MATERIAL EM DEFESA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL PARA AS SOCIEDADES EM COMUM

Para compreender e aplicar o Direito de forma justa é necessário que se adote uma interpretação que considere a totalidade dos valores e normas que integram o do sistema jurídico.

A interpretação sistemática do Direito visa analisar o conjunto das normas dando-lhes uma extensão maior da realidade que está positivada em termos literais. Segundo Freitas (1995, p. 15):

[...] a interpretação sistemática do Direito tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica, convindo recordar que, mesmo na tradição romano-germânica, o Direito é maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado, quanto em extensão. A interpretação sistemática não sucede nem antecede o Direito: é contemporânea dele. Empréstimo-lhe vida e dinamicidade. O conteúdo jurídico, por força de sua natureza valorativa, transcende o mero e esparsamente positivado.

Nesta acepção hermenêutica é que esse estudo busca analisar a viabilidade da recuperação para as Sociedades em Comum sob a ótica da responsabilização dos sócios por dívidas das Sociedades em Comum.

Trata-se de análise que parte da premissa do direito de tratamento desigual entre sujeitos economicamente desiguais e que direitos devem ser acessíveis, inclusive, àqueles que estão à sua margem. A concessão ou homologação da recuperação para as Sociedades em Comum buscará garantir as mesmas oportunidades que já usufruem as sociedades regularmente constituídas e economicamente viáveis.

A discussão, neste estudo, ocorre em torno de um requisito objetivo: o de que a recuperação das Sociedades em Comum deferida desde que esse processo trouxesse benefícios para a coletividade e não somente para os sócios ou para a Sociedade em si.

As Sociedades em Comum têm forte potencial de gerar empregos, além de contribuir para as receitas tributárias e no fomento à concorrência. No entanto, constata-se que mesmo diante de todos os seus deveres jurídicos e das externalidades sociais positivas, ao passar por crise econômico-financeira, não tem apoio jurídico para superá-la.

Bobbio (2007, p. 94) afirma que a atuação do direito se dá por meio de “normas gerais e abstratas” que não se adaptam à todas as situações, tampouco aos casos complexos, razão pela qual ele cria “desigualdade entre iguais e igualdade entre desiguais”. É o que se busca aqui, tratamento diferenciado para as Sociedades em Comum, permitindo a elas o registro, após o pedido de recuperação, visando efetivar o direito no caso concreto.

Caso esse tratamento diferenciado não venha a ser efetivado, não se realiza a justiça, posto que para as obrigações, o sistema jurídico equipara

as Sociedades em Comum com as empresas regularizadas, todavia, no que tange às oportunidades de permanência no mercado, o mesmo não ocorre. Bobbio (2007, p. 94) critica esse engessamento do sistema jurídico “por mais que o juiz tenha a melhor intenção de fazer justiça, tal fim frequentemente se torna impossível pela própria estrutura das normas jurídicas”.

Busca-se, por meio da interpretação sistêmica, apontar maior liberdade para que o juiz venha a deferir a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial das Sociedades em Comum, a despeito da exigência legal, visando garantir a vivência com os valores da segurança e justiça. Neste sentido destaque-se a afirmação de Freitas (1995, p. 16) “o Direito legislado afigura-se como uma rede de coordenadas, na qual deve obrar o intérprete, perscrutando caminhos e desvendando riquezas, especialmente aquelas ocultas sob a superfície”.

Vale frisar, que a ideia não é a recuperação de toda e qualquer Sociedade em Comum e, sim, somente daquelas que possuem condições econômicas para permanência no mercado, que já tenham um tempo mínimo de atuação empresarial (sugere-se dois anos) e cumpram sua função social.

O prazo de dois anos estabelecidos pela legislação concursal, ao ser considerado o período em que a sociedade esteja plenamente constituída perante os órgãos competentes, não encontra guarida no princípio basilar da Lei 11.101/2005, que é o da preservação da empresa viável economicamente.

Por essa razão, na análise do caso concreto e de forma restrita, há que se interpretar que os dois anos de atividade regular sendo um período mínimo em que a atividade deve ser exercida, de modo ininterrupto, e não dois anos do registro do contrato social perante a Junta Comercial.

Há também a seguinte questão a analisar: é possível interpretar a legislação em benefício das Sociedades em Comum sem que isso traga insegurança jurídica? Para isso, é necessário entender o que vem a ser a segurança jurídica nos moldes atuais e também tradicionalmente.

A segurança jurídica está relacionada com a estabilidade. Em um primeiro momento, fala-se em segurança do Direito, enquanto atualmente aborda-se a segurança por meio do Direito. Tal diferenciação se faz importante para entender que a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial para as Sociedades em Comum não acarreta insegurança aos ambientes econômico e jurídico.

A segurança do Direito, nos dizeres de Silva (2004, p. 16-17) é compreendida sobre dois aspectos: i) segurança do direito e ii) segurança jurídica:

A segurança do direito é a que exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo. [...] A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade.

Para o autor, a segurança jurídica está relacionada com a sua positividade, ou seja, aquilo que o Direito estabelece, dessa forma, a segurança jurídica estaria atrelada apenas a aspectos formais. Todavia, a segurança jurídica abarca também um aspecto material que exige a satisfação de valores estabelecidos pela Constituição. Brito (2011, p. 6) afirma que “este é um reclame do Estado contemporâneo, que supera a mera exigência de observância da estrita legalidade, em prol da efetivação de valores atrelados à realização dos valores e princípios constitucionais”.

Assim, não basta cumprir com as normas contidas nos textos do direito positivo. Caso a norma fira princípios deve-se privilegiar a posição hierárquica da principiologia que norteia o domínio econômico.

Diante da análise em foco, a legislação concursal estabelece que há necessidade de regular exercício da atividade empresária pelo período mínimo de dois anos para que seja possível a recuperação da empresa, portanto, para garantir a segurança jurídica formal este tempo deve ser respeitado. Porém, interpretar que o regular exercício da atividade empresarial se restringe ao registro não gera o desejável ambiente de segurança jurídica material. Esta engloba condutas testadas diante dos valores constitucionais, entre eles, além dos já referidos, o da eficiência da atividade empresária que deve ser analisado.

Alerte-se que as Sociedades em Comum recebem tratamento igualitário em relação às sociedades formalizadas quando diz respeito às obrigações na esfera tributária, consumerista, trabalhista e concorrencial. No entanto, o tratamento é desigual e injusto diante da possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial. Tem deveres jurídicos, mas, lhe é negado direito fundamental de permanência no mercado quando for economicamente viável.

Defende-se, finalmente, que o ato do registro seja interpretado ato jurídico declaratório e não constitutivo de direitos. Não haveria a sua dispensa,

mas, deveria ser realizado em tempo determinado caso seja reconhecida a sua viabilidade econômica. Assim, cumpriria a exigência legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Sociedades em Comum, atualmente, têm seu regime jurídico estabelecido no Código Civil, nos arts. 986 a 990. Essa regulamentação trouxe como principal característica a responsabilidade dos sócios pelas dívidas das Sociedades em Comum depois de esgotado o patrimônio especial separado para o desenvolvimento da atividade.

Não são sociedades irregulares quando têm objeto de exploração lícito, são apenas informais por não corresponderem com as formalidades estabelecidas em lei para a sua regularização perante a Junta Comercial.

A Lei de Concorrência prevê que a regularização perante o órgão competente não é condição necessária para sua responsabilização por ilícitos concorrenciais. No campo tributário, os entes considerados sem personalidade jurídica podem ser sujeitos passivos na relação jurídico-tributária, isso porque na necessidade de execução fiscal, os sócios são responsáveis pelo pagamento, após esgotado o patrimônio social. O Código de Defesa do Consumidor também possibilita que as Sociedades em Comum sejam responsabilizadas como fornecedoras quando seus produtos trouxerem danos para os consumidores. E, por fim, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que na hipótese de não pagamento das verbas trabalhistas, o trabalhador pode intentar reclamatória trabalhista em face das Sociedades em Comum, tendo os seus sócios por responsáveis pelo pagamento.

Embora a legislação trabalhista, consumerista, tributária e concorrencial a considere sujeito de deveres jurídicos, a interpretação majoritária da Lei 11.101/2005 (artigos 48 e 161), advoga pela impossibilidade do direito a recuperação judicial pelas Sociedades em Comum.

Defende-se que tal entendimento não está conforme a interpretação sistemática, pois prestigia uma interpretação literal. Ou seja, é preciso recorrer aos valores e normas que compõem a ordem jurídica, em especial o subsistema jurídico-econômico, de modo a viabilizar a vivência com a segurança jurídica material.

Entre os argumentos que devem ser destacados para estender a recuperação judicial a esta forma societária estão: i) a igualdade material que justifica o tratamento desigual para situações desiguais, ou seja, ela não pode

ser tratada tal qual são as demais empresas tendo em vista o princípio da inclusão econômica; ii) importância das externalidades positivas que a permanência desta sociedade na atividade econômica permite, entre elas, a geração de emprego, receitas tributárias, ambiente concorrencial; iii) a recuperação judicial seria possível somente para empresas que fossem economicamente viáveis, permitindo a efetividade do princípio da preservação da empresa; iv) a atuação efetiva mínima de dois anos, independentemente do registro comercial, uma vez que este pode ser interpretado de natureza declaratória.

É muito importante viabilizar a recuperação judicial para as Sociedades em Comum pois elas são responsáveis pela geração de inúmeros empregos, principalmente para pessoas excluídas do mercado formal de emprego, também pela geração de impostos e fomento da concorrência por possibilitar maior escolha aos consumidores. Ao realizar essas atividades, a Sociedade em Comum cumpre com os princípios e fundamentos da Ordem Econômica Brasileira previstos no art. 170 da CF, razão pela qual devem ter o seu direito a recuperação judicial respeitado quando passarem por problemas econômico-financeiros, desde que optem por realizar o seu registro em momento oportuno designado pelo juízo concursal.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de direito do consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

BARTINI, Caio. **Direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Elementos do Direito).

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 29 jan. 2014.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 [...]; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 2003.70.02.003303-8.** Relator: Ministro Wilson Darós. Publicado no D.E. em 04 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2518298&hash=3124bdffc31c4749bdc7fdf015a87f9f>. Acesso em: 3 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 519.310/SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=468454&num_registro>

=200300580885&data=20040524&formato=PDF>.

Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **R.O. nº 36000650055050161**. Relator: Cláudio Brandão. Julgado em 18 de abril de 2006. Disponível em: <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7455224/recurso-ordinario-ro-360006520_055050161-ba-0036000-6520055050161/inteiro-teor-13098646>. Acesso em: 6 fev. 2014.

BRITO, Mirella Barros Conceição. Segurança jurídico-tributária e proteção da confiança do contribuinte no estado de direito. **Direito Unifacs**: Revista Eletrônica Mensal, Salvador, n. 131, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1483/1164>>. Acesso em: 21 out. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CENTRO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Guia prático do CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS DIRIGENTES LOGISTAS – CNDL. **Mercado informal no Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.cdlbh.com.br/portal/2067/Enquetes_e_Pesquisas/Mercado_Informal_no_Brasil>. Acesso em: 9 mar. 2015.

DUBUGRAS, Regina M. V. Consolidação das leis do trabalho – Introdução. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **CLT interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2.

OLIVON, Beatriz. **Quanto o Brasil produziu na informalidade em 2012?** Reportagem da revista Exame publicada em 10 de julho de 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/quanto-o-brasil-produziu-na-informalida-de-em-2012>. Com acesso em 09 de março de 2015.

FILOMENO, José Gerado Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 31-48.

FIUZZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise da condição de vida da população brasileira**. Ano de Publicação: 2014. Disponível em: <tp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf. Com acesso em 09 de março de 2015.

LANZA NETO, Henrique. **Sociedade em comum**: regularidade e provas de sua constituição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais...** Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_508.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao direito do consumidor**: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: LTr, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Submetido em: 16/03/2015

Aprovado em: 12/05/2015

Como citar: KEMPFER, Marlene; COSTA, Juliana Hinterlang dos Santos. **Interpretação sistêmica e a possibilidade de recuperação judicial para as sociedades em comum**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.125-148, jun.2015.

A proporcionalidade como limite jurídico ao direito negocial

THE PROPORTIONALITY AS LEGAL LIMIT TO BUSINESS LAW

* Lucas Augusto da Silva Zolet

** Fausto Santos de Morais

Resumo: Este trabalho propõe o estudo da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais, sobretudo da perspectiva do Direito Negocial e na esfera da limitação jurídica pela proporcionalidade ao exercício de liberdades comerciais. O emprego constante da máxima da proporcionalidade, como fundamento das decisões judiciais, sem o devido rigor metodológico, provoca um debate acerca da utilização da Teoria dos Direitos Fundamentais como mera referência retórica, compreendendo a crítica da fundamentação judicial incompleta da máxima da proporcionalidade, o qual por meio das decisões judiciais pode assumir um caráter distinto ou subvertido daquele previsto na doutrina de Robert Alexy.

Palavras-chave: Máxima da proporcionalidade; Direitos fundamentais; Decisão judicial; Robert Alexy.

Abstract: This paper aims to study the maximum of proportionality and its maximum partial, above all from the perspective of Business Law and in the sphere of legal limitations for the exercise of commercial freedoms. The constant use of the maximum of proportionality, as a ground of judicial decisions, without proper methodological rigor, provokes a debate about the use of the Theory of Fundamental Rights as mere rhetoric reference, including criticism of incomplete legal basis for the maximum of proportionality, the which by means of judgments can assume a distinct or subverted character that provide for doctrine of Robert Alexy.

Keywords: Maximum of proportionality; Fundamental rights; Judicial decision; Robert Alexy.

* Bolsista de mestrado do PROSUP/CAPES no âmbito do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso - Mestrado em Direito, IMED, Passo Fundo, RS. Advogado. Email: lucas.zolet@bol.com.br

** Docente da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso - Mestrado em Direito, IMED, Passo Fundo, RS, Doutor e Mestre em Direito Público, UNISINOS, RS, Brasil. Advogado. Email: faustosmorais@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito Negocial, como expressão das relações normativas que envolvem os negócios jurídicos, possui uma ligação direta com as transitoriedades advindas das atividades humanas. Em outras palavras, significa dizer que as eventuais crises econômicas podem ser consideradas crises do Direito e, por conseguinte, crises da humanidade.

Nesse contexto, o Direito Negocial, revestido pelas ideias constitucionais, tem a função de dirimir problemas jurídicos contemporâneos, sobretudo oriundos das práticas econômicas e suas particularidades. Essa função cabe ao Direito Negocial porque não se pode acolher posicionamento distinto daquele o qual defende o papel do sistema jurídico como fundamento da ideia de justiça social, especialmente para fins de promoção do bem-estar coletivo.

Com efeito, ao debater acerca do papel do Direito Negocial para um cenário de emancipação humana, não é possível chegar a outra conclusão se não àquela em que as práticas comerciais devem ser englobadas pelos direitos fundamentais. Esses direitos correspondem aos próprios fundamentos da busca pela solução das desigualdades sociais.

O progresso da sociedade, portanto, exige atenção do Direito aos problemas da saúde pública, dos prejuízos ambientais e da prevalência do compromisso com os direitos humanos. Essas questões não podem ser enfrentadas isoladamente pelo Direito, mas reconhece-se que essa doutrina tem papel fundamental no enfrentamento destes problemas. Logo, urge que o movimento jurídico seja englobado pelo saber interdisciplinar na maior medida possível.

É nesse sentido que o estudo da aplicação e interpretação do direito positivo se mostra relevante. Melhor dizendo, faz-se necessário uma investigação científica acerca dos métodos de solução dos casos judiciais para que, a partir do conhecimento adquirido, seja possível apontar o caminho tomado pela ordem jurídica.

Inevitável se faz, portanto, o estudo dos direitos fundamentais, com base na concepção doutrinária de Robert Alexy, especialmente uma pesquisa focada no uso problemático da máxima da proporcionalidade pelos tribunais brasileiros. Essa preocupação científica está centrada na crítica acerca da utilização de doutrinas internacionais como meio racional de solucionar casos jurídicos que envolvem conflitos entre princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Nesse sentido, muitos julgados desconsideram a problemática acerca da compatibilidade metodológica entre algumas doutrinas estrangeiras e o ordenamento nacional, por exemplo, fazendo uso da proporcionalidade como mera ferramenta retórica ao ato de decidir. Logo, não são poucas as decisões que concedem sentido distinto ao conceito proposto por Alexy para a máxima da proporcionalidade.

Mediante uma análise dos fundamentos teóricos da Teoria dos Direitos Fundamentais, sobretudo por meio da máxima da proporcionalidade, bem como pela compreensão das concepções da ponderação, o presente estudo tem o objetivo geral de identificar elementos teóricos acerca da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais.

Outro objetivo central da presente pesquisa é apresentar a análise do caso enfrentado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4¹ acerca do uso da proporcionalidade como limite à liberdade de expressão comercial, à livre iniciativa e à intervenção do Estado no direito privado. Essa decisão foi escolhida porque é considerada uma decisão histórica ao longo dos 25 anos do TRF4, bem como em face que o caso envolve um conflito de proposições jurídicas privadas e públicas, sobretudo acerca de diferentes temas relacionados ao Direito Negocial.

Nesse trilhar, movido pelo método fenomenológico-hermenêutico², mediante a revisão bibliográfica³, descrever-se-á (a) a relação básica entre Direito Negocial e Direitos Fundamentais, (b) os conceitos teóricos da máxima da proporcionalidade como fórmula lógica para harmonização de princípios colidentes; e (c) apresentar-se-á a decisão judicial supramencionada como exemplo paradigma.

Por fim, pretende-se confirmar a existência da utilização de distintas perspectivas sobre a máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais, corroborando o pensamento de que os tribunais nacionais fazem uso da proporcionalidade em um sentido dissonante do proposto por Robert Alexy na Teoria dos Direitos Fundamentais.

¹ Em sede de julgamento da Apelação Cível nº 0026898-63.2008.404.7100/RS (BRASIL, 2010).

² Conforme observa Frijotf Capra (2002, p. 47) a fenomenologia tem como característica essencial a reflexão hermenêutica acerca do tema a ser pesquisado, sobretudo por meio das experiências subjetivas de formação dos juízos. Logo, o método fenomenológico-hermenêutico permite uma capacidade maior de reflexão sistemática acerca dos temas pesquisados.

³ Conforme observa Pasold (2011, p. 210) a revisão bibliográfica consiste na apresentação científica das “[...] fórmulas e propostas encontradas na Pesquisa Bibliográfica, através de transcrições literais ou paráfrases (sempre com rigorosa referência às fontes utilizadas) devidamente concatenadas para apresentar a lógica de conteúdo do texto em produção”.

1 O DIREITO NEGOCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, a relação contemporânea entre Direito Negocial, Estado e Constituição é múltipla, sobretudo pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 é o fundamento basilar do Direito no país, ou seja, trata com primazia e supremacia inúmeros temas, abordagens e casos judiciais amparados na relação entre direitos públicos e privados.

Não obstante a multiplicidade da tutela jurídica constitucional, é preciso considerar a força regulatória que reveste as normas constitucionais. Essa força baseada em poder jurídico e político, invariavelmente, conduz a ideia da Constituição para o sentido de base fundamental para todas as atividades estatais. (QUEIROZ, 2010, p. 47). Logo, no conteúdo emanado da Constituição Federal é possível encontrar toda a essência ou substância jurídica capaz de responder pela tutela dos atos jurídicos-públicos do governo.

Nesse ponto, é passível destacar a doutrina de Goyard-Fabre (2002, p. 126), porque a referida autora sustenta que a Constituição, da abordagem política, consubstancia-se como uma defesa contra os perigos da arbitrariedade que acompanham os representantes dos Poderes e, da abordagem jurídica, é a própria “[...] característica do que se chama o ‘Estado de Direito’, não só porque ela exclui a arbitrariedade dos governantes, mas porque, por comandar a processualidade interna da ordem jurídica, firma-se também como critério de sua validade”.

Nessa linha de pensamento, sobretudo com base no pressuposto da Constituição como referencial normativo de supremacia democrática, infere-se que os direitos fundamentais⁴ estão contemplados no centro da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito e correspondem a própria racionalização do ordenamento jurídico onde as “[...] forças constituintes e organizadoras da razão garantem a legitimidade da legalidade e da juridicidade”. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 124).

É por evidente que, a partir da perspectiva lógica constitucional, o Direito Negocial combinado com suas múltiplas vertentes deve considerar os direitos fundamentais como verdadeiros compromissos jurídicos, responsáveis por guiar todas as atividades inerentes da sua própria regulamentação.

⁴ “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, seja na Constituição material”. (MIRANDA, 2012, p. 9).

Nesse sentido, a doutrinadora portuguesa Cristina Queiroz (2010, p. 49) concede significativa importância aos direitos fundamentais, especialmente por meio da seguinte observação: “Os direitos fundamentais são direitos constitucionais [...] Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva”.

Da mesma forma, as experiências sociais erigidas a partir das invocações do Direito Negocial fazem parte da nova construção histórico-cultural da sociedade, sobretudo com base nas atividades judiciais de promoção e proteção dos direitos fundamentais. Essas atividades são responsáveis por proporcionar ao Direito Negocial uma hipótese de compreensão das relações humanas.

Essa compreensão das relações humanas, que parte do Direito Negocial, está atrelada ao princípio da função social e o da boa-fé objetiva que em síntese procuram prestigiar em maior grau razoável a dignidade da pessoa humana. Esses são os fundamentos do Direito Privado no âmbito da república brasileira.

Por outro lado, para o benefício dos próprios indivíduos, necessário se faz que os direitos fundamentais recebam uma espécie de delimitação dos seus limites a depender dos bens concretos a que se propõem a tutelar. Essa é a condição capaz de orientar a experimentalização social das atividades negociais sem subjugação dos direitos fundamentais e com vista a assegurar uma eficácia humana do Direito.

Desde logo, o problema do limite da intervenção estatal nas relações de Direito Negocial ganha espaço e reclama pelo desenvolvimento de um olhar cuidadoso por parte dos juristas, uma vez que a intervenção estatal nas relações privadas está envolvida em uma teia complexa de questões de crescimento humano e desenvolvimento econômico, nesse ponto incluindo o problema dos supostos efeitos nocivos à não autonomia econômica das organizações privadas.

Perante este quadro, convém advertir para a problemática das decisões judiciais, especialmente no que se refere à tutela de casos envolvendo a colisão de direitos fundamentais e princípios constitucionais. Esses casos complexos, pertencentes ao cenário da contemporaneidade do sistema social que envolve o Direito, provém condições que em certa medida podem contribuir para a prática de decisões amplamente discricionárias.

Com base nesse contexto, faz-se crucial destacar a crítica doutrinária acerca do suposto ativismo judicial por parte do Poder Judiciário, o qual, a

partir de decisões que supostamente não contém o devido rigor e cuidado argumentativo, pode cometer abusos em nome do Direito⁵.

Por isso, é que muitas doutrinas estrangeiras são importadas com o fim de responder aos dilemas jurídicos que se apresentam diariamente no cenário jurídico brasileiro. Uma delas, baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, é a máxima da proporcionalidade, utilizado pelos tribunais supostamente como meio capaz de solucionar demandas judiciais envolvendo o conflito de princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais.

Esse caminho, todavia, não decorreu em uma rigorosa aplicação das questões teóricas defendidas por Alexy, na verdade emergiram em dúvidas quanto à prática equivocada da ponderação de princípios. Essa dúvida tem como pressuposto se o uso da proporcionalidade passa simplesmente de mera retórica para possibilitar uma escolha baseada, também, nas convicções pessoais dos julgadores.

É nesse emaranhado de incertezas que se encontram muitas demandas judiciais e o Direito Negocial que na qualidade de grande expoente das relações da sociedade não foge ao exemplo. É justamente com o objetivo argumentativo de ilustrar a referida afirmação que na parte final deste trabalho é apresentada uma pesquisa circunscrita do caso judicial pertencente ao TRF4, o qual tratou sobre a utilização de imagens e advertências obrigatórias nas carteiras de cigarro.

Antes, porém, faz-se necessário introduzir a crítica doutrinária acerca da utilização da máxima da proporcionalidade, bem como introduzir alguns aspectos teóricos acerca da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy no âmbito da sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

2 A CRÍTICA DOUTRINÁRIA ACERCA DA UTILIZAÇÃO JUDICIAL DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina de Robert Alexy, sobretudo no que se refere à Teoria dos Direitos Fundamentais, pode ser considerada uma das mais expressivas doutrinas do debate jurídico-filosófico contemporâneo. Não é por outro motivo que, no âmbito da jurisdição e da doutrina brasileira, essa doutrina figura de modo singular, especialmente como base e fundamento teórico de novas concepções jurídicas acerca da proteção dos direitos fundamentais e suas particularidades.

⁵ Nesse sentido, Streck observa que “O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais”. (STRECK, 2013, p. 286).

A partir dessa linha de pensamento, é possível trazer a doutrina de Ingo Sarlet (2009) que, ao falar sobre a necessidade de utilização da máxima da proporcionalidade, sugere a aproximação da prática jurídica aos elementos teóricos trazidos pelo pensamento proposto por Alexy:

Tendo em conta que a aplicação dos deveres implica limitação da dimensão subjetiva de direitos, é importante ressaltar a consideração obrigatória do princípio da proporcionalidade, assegurando que todas as medidas tomadas em nome dos deveres (limitação ou redefinição do conteúdo dos direitos fundamentais) estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando, além disso, sempre o núcleo essencial do direito fundamental afetado. (SARLET, 2009, p. 231).

Nesse contexto, é possível afirmar que no Brasil o uso da proporcionalidade está presente no meio prático jurídico. Em inúmeros casos e ações judiciais, inclusive de significativa expressividade no cenário jurídico do Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal se utilizaram da máxima da proporcionalidade, sobretudo quando da discussão acerca de ações envolvendo princípios e valores constitucionais⁶.

Nesse sentido, por exemplo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 de 12 de abril de 2012 (BRASIL, 2012). A referida ação, que gerou significativa repercussão no país, ficou conhecida por questionar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Ao analisar o caso, a ministra Rosa Weber proferiu voto com base no método da ponderação, o qual depende da aplicação da máxima da proporcionalidade conjugada com suas submáximas. A ministra concluiu pela procedência dos pedidos, sobretudo da perspectiva da máxima da proporcionalidade. (BRASIL, 2012, p. 130).

Todavia, se, por um lado, é possível afirmar que o Judiciário brasileiro promove uma larga utilização dos elementos doutrinários de Robert Alexy, por outro, não é possível dizer que tal utilização observa o necessário rigor na aplicação judicial dos pressupostos científico-metodológicos. Logo, verifica-se um problema entre a aplicação e utilização judicial da Teoria de Alexy. (MORAIS, 2014).

⁶ Por exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal: Rcl 2126; Agr 395662; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADPF 54; ADI 2240. (STRECK, 2013, p. 290).

Não se pode, também, ignorar a crítica de que o próprio Supremo Tribunal Federal, desconsidera o todo do construído teórico de Alexy, atinando-se tão somente à aplicação do método lógico racional de ponderação, o que não guarda relação adequada com a referida doutrina, porque corresponde apenas a uma pequena parte da proposta do autor. (MORAIS, 2013, p. 296-297).

Esse problema decorre no questionamento central a ser verificado no presente estudo, qual seja da possibilidade da utilização insuficiente da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, sobretudo no que se refere à máxima da proporcionalidade.

A insuficiência argumentativa por parte do Judiciário decorre em um olhar superficial da proporcionalidade, ou seja, na dificuldade judicial de visualizar a Teoria de Alexy como um sistema, pelo qual a máxima da proporcionalidade deve ser aplicada com rigor e intensa fundamentação, sob o perigo de transformar a ponderação em uma espécie de fragilização da competência legislativa. (LA TORRE, 2006, p. 56).

Dito isso, importa seguir para uma descrição circunscrita e teórica, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais para, após, apresentar os problemas jurídicos contidos na pesquisa do estudo de caso.

3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E SUAS MÁXIMAS PARCIAIS

Em primeiro lugar, cumpre mencionar elementos teóricos mínimos sobre a proporcionalidade. Para tanto, salienta-se que a máxima da proporcionalidade tem uma natureza principiológica (mandamentos de otimização), ou seja, existe uma espécie de conexão entre a essência dos direitos fundamentais e o conteúdo material dos princípios incidentes na utilização da teoria da máxima da proporcionalidade. (ALEXY, 2014, p. 188).

Nada obstante, ressalta-se que os conteúdos relacionados aos princípios de direitos constitucionais e fundamentais se implicam de forma dedutiva com o conjunto das premissas da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais. (ALEXY, 1993, p. 111-112).

Com efeito, a máxima da proporcionalidade composta pelas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é considerada por Alexy (1993, p. 112) um verdadeiro mandamento

de ponderação, no qual o alcance real dos princípios dentro de determinado ordenamento jurídico é relativizado e orientado pelas possibilidades jurídicas e fáticas existentes e específicos de tal ordenamento.

Por isso, entende-se que em eventual decisão judicial, caso uma norma de direito fundamental (com caráter ou natureza de princípio) entrar em conflito com um princípio oposto, o julgador deve, necessariamente, observar a possibilidade jurídica de realização de determinado direito fundamental por meio da análise da ponderação de princípios. Todavia, a referida análise somente é corretamente articulada ao passo que corresponder à utilização rigorosa e fundamentada das já mencionadas máximas parciais da proporcionalidade.

A esse propósito, cabe ressaltar que a utilização da máxima parcial da adequação sugere que o meio preterido em determinado caso seja absolutamente adequado para atingir o fim almejado nesta hipótese. Ou seja, para Alexy (1993, p. 114-115) se determinado meio (M_1) não é adequado para promover (de fato) um direito fundamental (F_1), exigido normativamente por algum princípio (P_1), então eventual decisão judicial, em análise de caso concreto, deve conhecer que tal meio (M_1) não é exigido pelo próprio princípio (P_1). Logo, em análise parcial, determinado princípio de direito fundamental não teria precedência sobre o princípio colidente em caso concreto.

Por outro lado, a necessidade (como postulado de medida mais benéfica) tem o condão de auferir comparativamente se a limitação de um direito fundamental (F_2), exigido por precedência de direito fundamental (F_1), é necessária e se não há outros meios (por exemplo M_2 , M_3 , M_4 , etc) pelos quais a limitação do direito colidente seja reduzida na sua intensidade.

Assim, Alexy (1993, p. 113) sugere que a necessidade deve ser auferida como uma limitação fática ao alcance dos princípios. Por exemplo, se para a promoção de um direito fundamental (F_1), baseado no princípio precedente que o normatiza (P_1), existir pelo menos mais de um meio (como M_1 e M_2) adequados para promover F_1 , deve ser dado precedência valorativa, na decisão judicial devidamente fundamentada, para o meio que afetará em menor intensidade o alcance do princípio colidente (P_2).

Logo, pode haver uma infinidade de meios adequados para promoção de determinado direito fundamental (F_1), para este não terá uma diferença essencial de qual meio deve ser utilizado. Todavia, o princípio de direito fundamental colidente (P_2), dependendo da escolha dos diferentes meios para promoção de F_1 , será afetado substancialmente na sua intensidade de proteção,

por isso a decisão judicial deve ponderar os meios de promoção de P_1 menos lesivos para preservar Direito constitucionalmente protegido.

Por último, além da otimização fática realizada pelas máximas parciais da adequação e da necessidade, Alexy (1993, p. 112) condiciona a validade da proporcionalidade à realização da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento). Essa etapa é responsável por conduzir a análise dos princípios colidentes como mandados de otimização em relação às possibilidades jurídicas.

A proporcionalidade em sentido estrito, em síntese, refere-se ao sopesamento entre a intensidade do direito fundamental atingido (F_1) e a importância do direito fundamental que com ele colide (F_2). Nesse ponto, Alexy (1993, p. 93) pretende que seja perquirida uma relação entre os pesos dos princípios colidentes, onde determinado princípio (P_1) eventualmente, baseado nas condições do caso concreto, tenha precedência (P) em relação ao princípio colidente (P_2).

A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, por essas razões, propõe que determinado caso seja apreciado por meio de uma lógica de sopesamento racional entre os direitos fundamentais colidentes, onde os motivos de precedência de um dos princípios de direitos fundamentais colidentes, fundamentem a consequência jurídica da não adoção de outros princípios de direitos fundamentais. (SILVA, 2002, p. 40-41). Esses princípios terão, conseqüentemente, seus efeitos de intensidade restringidos na análise das condições do caso concreto.

É evidente que ao analisar casos envolvendo a colisão de princípios constitucionais, os julgadores encontram uma gama muito maior de elementos problemáticos do que simplesmente questões estruturais de raciocínio que são absorvidas pela aplicação da máxima da proporcionalidade, ou seja, de simples questões envolvendo premissas de ordem teórico-estrutural.

Desse modo, ao enfrentar casos concretos os julgadores se deparam com questões de ordem argumentativa (internas e externas à máxima da proporcionalidade), bem como questões procedimentais coadunadas com outros problemas jurídicos-filosóficos. Essa complexidade combinatória está presente em todos os casos que tratam acerca do dever das ações positivas do Estado para fins de promoção dos direitos fundamentais.

A promoção de direitos fundamentais, com efeito, está diretamente vinculada não só à atuação do Poder Judiciário, mas também ao Legislativo e Executivo. Essa tripartição leva a distintos posicionamentos sobre o devido

alcance dos direitos fundamentais, bem como pode ser responsável por concretizar ingerências de ordem arbitrária entre os Poderes.

Nessa linha de pensamento, defende-se que o debate científico sobre os limites da aplicação de princípios constitucionais para solução de casos concretos, sobretudo em face do crescimento da utilização e aplicação da Teoria de Alexy, mostra-se uma questão controvertida da discussão doutrinária nas últimas décadas.

Apresentada a base metodológica da aplicação da proporcionalidade, na sequência deste trabalho o objetivo será discutir a aplicação da proporcionalidade em decisão judicial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, utilizada como exemplo paradigma que, em pequena medida, enfrentou questionamentos acerca da violação da máxima da proporcionalidade e de suas máximas parciais no âmbito do Direito Negocial.

4 A PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE JURÍDICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em primeiro lugar, salienta-se que para o presente trabalho interessa os fundamentos da decisão judicial estudada que versam sobre a violação da máxima da proporcionalidade, sobretudo da perspectiva dos elementos e questões envolvendo o Direito Negocial.

Nesse sentido, a ideia da máxima da proporcionalidade foi destaque no Tribunal Regional Federal da 4ª Região no tempo em que esse órgão enfrentou o julgamento da apelação cível nº 0026898-63.2008.404.7100/RS. (BRASIL, 2010). O mencionado recurso, interposto pelo Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco (SINDITABACO) em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), estava fundado no artigo 1º, inciso IV, artigo 5º, inciso IV e IX, e artigo 170, inciso IV, todos da Constituição Federal de 1988.

Entre outras questões, o recurso buscava provimento jurisdicional que assegurasse às fabricantes de cigarros o direito de não apresentar, nas embalagens de seus produtos, as imagens e respectivas cláusulas previstas na Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) nº 54, de 6 de agosto de 2008. (BRASIL, 2008).

A Resolução da Diretoria Colegiada nº 54/08, alterou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 335, de 21 de novembro de 2003 (BRASIL, 2003), a qual passou a estabelecer que toda divulgação de produtos derivados do tabaco

deveria ser acompanhada de uma série de advertências transcritas de forma simultânea ou em sequência, de forma legível e ostensivamente destacadas. Tais advertências deveriam vir acompanhadas por imagens, disponibilizadas no *site* da ANVISA, sendo, também, precedidas da afirmação *O Ministério da Saúde adverte*.

O Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco, com efeito, postulou que a resolução (RDC nº 54/2008) violava o princípio da proporcionalidade, porque suas determinações não respeitavam as máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL, 2008).

A resolução não estaria compatível com o teste da máxima parcial da adequação, porque as imagens disponibilizadas pelo Ministério da Saúde eram, segundo a entidade apelante, exageradas, também fantasiosas, não correspondendo em nada aos casos reais vivenciados por pessoas consumidoras do cigarro. (BRASIL, 2010).

Por outro lado, também a resolução estaria incompatível com o exame da necessidade, porque, segundo os argumentos da apelante, as imagens disponibilizadas corresponderiam apenas às situações extremas, ou seja, poderiam ser utilizadas outras imagens menos gravosas para atender a finalidade de informar e advertir a população. (BRASIL, 2010).

Ainda, as medidas utilizadas pela resolução contrariavam a proporcionalidade em sentido estrito, porque os benefícios gerados, qual seja a informação mínima à sociedade sobre os prejuízos do fumo à saúde, não compensariam às restrições impostas às indústrias do tabaco, tendo em vista que supostamente estas restrições anulariam o direito fundamental das indústrias de promover seus produtos. (BRASIL, 2010).

As medidas governamentais, de outra parte, interfeririam na esfera da autonomia privada, violando, inclusive, o direito difuso dos cidadãos de receber informações verídicas. Logo, as imagens teriam o fim único de causar aversão ao cigarro, sem exatamente orientar de modo legítimo a sociedade acerca dos malefícios do fumo. (BRASIL, 2010).

Ao apreciar as alegações supramencionadas, o Tribunal primeiramente assentou a existência do caráter informativo das imagens e frases escolhidas na Resolução da Diretoria Colegiada nº 54/2008 e, com base nos fundamentos constitucionais dispostos no artigo 220, § 3º, inciso II, e § 4º, julgou que a alegação de inadequação não deveria prosperar.

Melhor dizendo, o não êxito da alegação da violação da máxima parcial da adequação, segundo a decisão judicial em estudo, fundou-se no argumento que a utilização de imagens impactantes, mesmo que fantasiosas, diz respeito à mera consideração pessoal de cada indivíduo, cuidando-se de fator constituinte da tomada pessoal de decisões, ou seja, que pertenceria ao campo do raciocínio moral de cada pessoa. (BRASIL, 2010).

Com relação à violação da necessidade, observou o Tribunal que não havia nos autos qualquer indicação de meios alternativos, menos gravosos à liberdade da propaganda do tabaco que os escolhidos pelo Estado. Incumbência, inclusive, que deveria ter sido sanada pela entidade apelante. (BRASIL, 2010).

Rejeitada a alegação da violação da adequação e da necessidade, o Tribunal enfrentou as alegações no tocante à proporcionalidade em sentido estrito. Essa, segundo o Tribunal (BRASIL, 2010), também foi respeitada porque a defesa da sociedade por meio de advertências e imagens (acerca dos prejuízos decorrentes do consumo do tabaco) seria um objetivo constitucional relacionado diretamente aos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente.

Nesse trilhar, fundamentou o Tribunal que o exercício da liberdade publicitária, por um lado, é um princípio constitucional valioso, mas, de outro lado, a Constituição admitiu restrições à liberdade de expressão comercial. (BRASIL, 2010). Portanto, a Constituição já teria realizado uma espécie de ponderação prévia, dando precedência a adoção de medidas fortes pelo Estado para conter o consumo de produtos nocivos.

Concluiu o julgado que, especialmente diante da constatação de que o tabaco é fator de ruidosos prejuízos à saúde da sociedade, deveria prevalecer as medidas Estatais de assistência à saúde pública, uma vez que este meio oferece a mais alta satisfação do princípio que impõe ações positivas do Estado. (BRASIL, 2010).

Apresentada a análise do caso, percebe-se que o uso da proporcionalidade limitou à liberdade de expressão comercial, porque a Constituição dispõe da liberdade de expressão com restrições, visando proteger, no caso concreto, a saúde dos indivíduos. Essa posição constitucional, defendida no caso, revela a defesa dos direitos fundamentais e a preocupação da ordem constitucional com outros valores além da categoria da liberdade comercial.

Do mesmo modo, quanto à livre iniciativa e à intervenção do Estado no direito privado, preponderaram outros valores constitucionais, por exemplo, a proteção à saúde e o dever de informação da nocividade do tabaco. Essa sobreposição de valores é necessária, por um lado, a partir da necessidade de pensar o Direito Negocial como matéria limitada aos direitos fundamentais, por outro, no reconhecimento do impacto do uso do cigarro na saúde da atual geração e na condição de vida das gerações futuras.

Aliás, romper com o paradigma das práticas econômicas, avançando pelo caminho da inclusão de outras vertentes no pensamento jurídico contemporâneo, é o fundamento de relação equilibrada entre crescimento econômico e desenvolvimento equilibrado.

A apresentação da análise desse caso paradigma, portanto, conduz ao entendimento que há um limite do Direito para a liberdade dos negócios jurídicos e para o desenvolvimento econômico, sobretudo a depender de como a sociedade valoriza a vida das gerações que estão por vir. Logo, reconhece-se que a Constituição permite interferência estatal diante de publicidade de produto prejudicial à saúde, bem como dispõe acerca de restrição legal à propaganda comercial de tabaco.

Desse modo, havendo interesse mínimo da sociedade a esse tema, a síntese do problema discutido surge o dever de equilibrar ou diminuir o nível de consumo de produtos nocivos à saúde. Essa prática pressupõe uma modificação de valores sociais, bem como um comportamento na contrapartida do comportamento atual das frentes econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão jurídica acerca dos limites da intervenção do Estado nas práticas de direito privado deve seguir uma dicção constitucional e, por sua vez, o Direito Negocial deve ser adaptado às normas constitucionais e ao conforto dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a busca pela proporcional aplicação dos princípios constitucionais, por meio da máxima da proporcionalidade, mostra-se um dos desejos mais desafiadores na promoção de garantias fundamentais, porque esses aspectos perpassam por uma aplicação rigorosa e fundamentada da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Essa busca é certamente um dos principais desafios do Direito, especialmente no âmbito das decisões judiciais envolvendo direitos

fundamentais. A atuação da jurisdição em casos constitucionais, ao passo que deve cuidar da realização e proteção de direitos fundamentais, tem o dever de evitar a utilização e aplicação errônea de teorias estrangeiras.

Nesse sentido, cumpre mencionar que a decisão analisada reuniu uma fundamentação ínfima acerca da máxima da proporcionalidade, muito aquém das questões trabalhadas pela doutrina de Alexy, uma vez que não houve fundamentação capaz de observar o rigor metodológico proposto pela referida doutrina. Logo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não aplicou as razões da máxima da proporcionalidade com base na Teoria dos Direitos Fundamentais, em verdade decidiu conforme critérios e preceitos de outras naturezas.

Por conseguinte, não se pode deixar de reconhecer, que a aplicação da proporcionalidade no âmbito da decisão estudada pecou por não vir acompanhada de uma rigorosa argumentação, capaz de justificar em termos mínimos a decisão judicial acerca da precedência de determinados direitos fundamentais, sustentando, inclusive, as premissas jurídicas capazes de dar suporte à decisão judicial.

Como já referido anteriormente, reconhece-se o acerto da decisão quanto a matéria discutida no mérito, especialmente em face da necessidade de proteção da saúde pública e da difusão de informações quanto as possíveis doenças oriundas dos produtos provenientes do tabaco, porém defende-se incorreta e insuficiente a utilização da máxima da proporcionalidade nas suas premissas teóricas para justificar e argumentar pela defesa dos princípios e direitos fundamentais.

Com efeito, faz sentido as críticas promovidas pela doutrina brasileira quanto à utilização indevida de teorias importadas no âmbito do Direito pátrio, sobretudo porque os Tribunais ou não aplicam as doutrinas com o rigor metodológico originário ou desconsideram a hipótese da incompatibilidade metodológica de teorias importadas com o ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, o perigo de ajustar as teorias jurídicas conforme interferências de outras ordens, em essência, trata da problemática acerca da discricionariedade judicial e seus efeitos nocivos à democracia, uma vez que não faz bem às bases democráticas o uso ilimitado, por parte dos julgadores, de poderes capazes de dar sentido à Constituição conforme suas próprias convicções.

Conclui-se, portanto, que a utilização da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais como construção da proteção dos direitos fundamentais,

por parte dos Tribunais brasileiros, é um perigoso espaço para utilização de argumentos teóricos subjetivos, os quais não correspondem à necessária estabilidade do sistema jurídico constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In: TRIVISONNO, Alexandre Treveconi Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Váldes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRASIL. **Argüição de Descumprimento De Preceito Fundamental nº 54/DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docID=3707334>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada n.º 335, de 21 de novembro de 2003**. Revoga as RDC nº 104 de 31 de maio de 2001 e RDC nº 14 de 17 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/a4190e00474597559fdef3fbc4c6735/2003-11-21_Resolu%C3%A7%C3%A3o+RDC+335_Embalagens+e+Propaganda_21Nov03_OK_PDF.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) nº 54, de 6 de agosto de 2008**. Altera a RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003, que dispõe sobre as embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/070808_rdc_54.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível nº 0026898-63.2008.404.7100/RS**. Apelante: Sindicato da Ind/ do Fumo no Estado do Rio Grande Do Sul. Apelado: Agência Nacional De Vigilância

Sanitária - ANVISA. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>> Acesso em: 22 jul. 2014.

CAPRA, Frijotf. **The hidden connections: integrating the biological, cognitive, and social dimensions of life into a science of sustainability.** New York: Doubleday, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LA TORRE, Massimo. Nine critiques to Alexy's theory of fundamental rights. In: MENÉNDEZ, Augustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Ed.). **Arguing fundamental rights.** Dordrecht: Springer, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais.** 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAIS, Fausto Santos. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 54-62, jun. 2014.

_____. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.** 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O razoável e o proporcional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Submetido em: 02/10/2014

Aprovado em: 03/02/2015

Como citar: MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas Augusto da Silva. **A proporcionalidade como limite jurídico ao direito negocial**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.149-166, jun.2015.

Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor

FREE ENTERPRISE AND CONFIDENCE IN RELATION COMPANY AND CONSUMER

* Gláucia Cardoso Teixeira Torres

** Tânia Lobo Muniz

Resumo: A presente reflexão tem por objetivo fazer uma análise da livre iniciativa em relação ao consumidor. Para tanto, a partir da sociedade feudal, busca-se apontar a relação do homem com o comércio assinalando sob qual contexto surgiram os valores livre-iniciativa e defesa do consumidor. Assinala, ainda, como se deu a positivação de tais institutos no ordenamento jurídico brasileiro para, ao final, fazer uma breve análise acerca da ética empresarial que elencou o valor confiança entre empresa e sociedade ao patamar de capital intangível das empresas.

Palavras-chave: Livre-iniciativa; Proteção do consumidor; Confiança; Empresa.

Abstract: This reflection aims to analyze the free enterprise in relation to consumer since his advent to the contemporary. For this it will be done a historical retrospect of man's relationship with trade to identify under what context emerged the values , free enterprise and consumer protection. It will be point how was the affirmations of such institutes in the Brazilian legal system to the end to make a brief analysis about business ethics that has listed the value of trust between business and society to the intangible capital level of companies.

Keywords: Free enterprise; Consumer protection; Confidence; Company.

* Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Professora associada da Universidade Estadual de Londrina. Docente dos cursos de graduação, especialização e mestrado em Direito. E-mail: lobomuniz@gmail.com

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES. E-mail: glauciatorres2@gmail.com

INTRODUÇÃO

Desde a mais remota antiguidade, o comércio aparece entre as atividades humanas. Inicialmente realizado por meio de trocas, passou progressivamente a empregar moeda em sua realização. Com a implementação das relações comerciais, aumento populacional e a expansão do número de cidades, o comércio foi impulsionado, passando a consistir em real possibilidade de ascensão social para os camponeses do sistema feudal.

Posteriormente, o liberalismo clássico apresentou-se como filosofia contrária ao mercantilismo vigente. Os liberais clamavam por liberdade nas relações comerciais e pelo direito de propriedade em toda sua plenitude. Nesse contexto foi forjado o valor livre iniciativa como desdobramento da propalada liberdade.

A partir dessa constatação, faz-se uma análise da relação entre a livre iniciativa e o consumidor, buscando-se o advento do princípio da livre-iniciativa bem como da proteção do consumidor. Para tanto, faz-se uma retrospectiva do liberalismo clássico e do intervencionismo estatal na ordem econômica, apontando-se a posituação de tais princípios no ordenamento jurídico brasileiro e seu status na constituição federal vigente.

Ao final, será feita uma análise à luz da contemporaneidade da relação entre empresa e consumidor e de como se deu a passagem de uma visão meramente utilitarista em relação ao consumidor ao estabelecimento da confiança entre consumidor e empresa como capital intangível destas.

1 DA EXPANSÃO DO COMÉRCIO À LIVRE-INICIATIVA

Na Idade Média, nos primórdios da sociedade feudal, as terras agrícolas da Europa Ocidental e central estavam fragmentadas em áreas conhecidas como feudos. Divididas em duas partes, uma pertencente ao senhor feudal, cultivada apenas para ele, e outra repartida entre inúmeros camponeses, rendeiros que trabalhavam arduamente em suas faixas de terra. Além disso, dois ou três dias por semana, tinham o dever de trabalhar gratuitamente nas terras do senhor. A posse da terra não concedia ao camponês o direito de trabalhar nela da maneira como entendesse ser melhor, sendo imprescindível a observação de regras impostas pelo senhor feudal, sob pena de perda da posse da terra. O suserano detinha poder e preferência de diversas formas. Quando sua propriedade tivesse que ser arada, semeada ou ceifada, os camponeses deveriam

priorizar estas ações em detrimento do trabalho a ser realizado em sua própria terra. A ideia de liberdade de iniciativa dos camponeses era, portanto, muito limitada.

A vida econômica era desempenhada quase sem utilização da moeda. Havia uma economia de consumo, em que cada aldeia feudal era praticamente autossuficiente, quase nada era comprado. Um pouco de sal, talvez, e algum ferro. Quanto ao restante dos bens necessários à sobrevivência, quase todos eram obtidos no próprio feudo. Certamente, estabeleciam-se relações de troca, mas, poucas delas utilizavam-se de moeda.

Leo Huberman (2014, p. 14) ressalta que as cruzadas levaram novo impulso ao comércio. A guerra pela Terra Santa, que durou do século XI ao XIV levou novo ímpeto às práticas comerciais. Milhares de europeus atravessaram o continente por terra e por mar para libertar a Terra Santa do domínio dos muçulmanos. Na medida em que necessitavam de provisões durante todo o caminho, os mercadores os acompanhavam a fim de suprir tal provimento. No retorno ao Ocidente, os cruzados traziam consigo o gosto por comidas e roupas requintadas que tinham visto e experimentado, o que criou um mercado para estes produtos. Além disso, após o século X registrou-se um acentuado aumento populacional que contribuiu para a ampliação da necessidade de produtos.

Um dos efeitos mais importantes da ampliação do comércio foi o crescimento das cidades. A expansão do comércio e o desenvolvimento das cidades conduziram a um conflito na, então, sociedade feudal. “Os senhores feudais, a princípio, não viam diferença entre suas terras na cidade e as outras que possuíam” (HUBERMAN, 2014, p. 22). Esperavam arrecadar impostos, desfrutar dos monopólios, dirigir os tribunais de justiça tal qual faziam em seus feudos. A fim de opor resistência ao poder feudal, os mercadores uniram-se em associações chamadas corporações ou ligas para conquistar para as cidades, a liberdade necessária à expansão.

A ampliação do comércio influenciou a vida dos camponeses que viviam nos feudos. Huberman (2014, p. 5) explica que com o surgimento das cidades, cresceu a necessidade de obter do campo o suprimento de alimentos e matéria-prima, impulsionando a produção. Os camponeses passaram a buscar terras inexploradas a fim de aumentarem sua produção. Eram motivados pela perspectiva de liberdade que se desenhava. O comércio mostrava-se como meio possibilitador de ascensão social.

Durante anos o camponês se havia resignado à sua sorte infeliz. Nascido num sistema de divisões sociais claramente marcadas [...] a possibilidade de se elevar acima de situações praticamente não existia, quase não tinha incentivos para fazer mais do que o necessário para sobreviver. Executava suas tarefas rotineiras de acordo com os costumes. Não havia interesse em fazer experiências com sementes ou outras formas de produzir, porque o mercado onde podia vender a produção era limitado, e muito possivelmente o senhor tomaria a parte do leão quando do aumento da colheita. Mas a situação se modificara. O mercado crescera tanto que qualquer colheita superior às necessidades do camponês e do senhor poderia ser vendida. Em troca o camponês recebia dinheiro. (HUBERMAN, 2014, p. 36).

A cidade apresentava-se ao camponês como uma oportunidade real de liberdade, vez que, com o dinheiro tornava-se possível pagar ao senhor feudal o serviço que lhe devia. O senhor feudal por sua vez estava muito interessado no dinheiro para pagar suas novas necessidades como roupas caras, agora compradas nas feiras anuais promovidas pelos mercadores nas cidades.

Os que ainda resistiam a este movimento de troca do serviço do camponês por dinheiro foram obrigados a aderir à prática com o advento da peste negra. Na medida em que milhares de pessoas perderam suas vidas na Europa de 1348, o trabalho dos que sobreviveram passou a ser muito valorizado.

Um dos reflexos da emancipação dos camponeses e do crescimento das cidades foi o fortalecimento do poder do rei. Este foi um forte aliado na luta contra os senhores feudais. Pois, na medida em que estes se enfraqueciam, aumentava o poder real.

Com o tempo e o avanço da exploração do ouro e da prata o rei enriquecia. Os países que possuíam boas jazidas desses minérios e aqueles que detinham o poder sobre colônias com ricas minas conseguiam aumentar constantemente suas reservas de metais. Aqueles que não tinham a mesma sorte a solução era a balança comercial favorável. A diferença entre o valor das exportações em relação às importações era paga em metal. Tal medida impulsionou significativamente a atividade industrial. (HUBERMAN, 2014, p. 95)

Em contrapartida, como a indústria e o comércio consistiam em fonte de riqueza para o Estado, tudo que dizia respeito a tais práticas tinha a interferência real.

A indústria estava ali cerceada por uma tal rede de “pode” e “não pode” [...] que é difícil compreender como se conseguia fazer qualquer coisa. As regras e regulamentos das corporações já eram bastante prejudiciais. Continuaram

em vigor, ou foram substituídos por outros regulamentos governamentais, ainda mais minuciosos (...) Podia o fabricante de tecidos, por exemplo, fabricar o tipo de fazenda que lhe agradasse? Não. Os tecidos tinham de ser de uma qualidade determinada e nada mais. Podia o fabricante de chapéus atrair a procura do consumidor, produzindo chapéus feitos de uma mistura de castor, pele e lã? Não. Só podia fazer chapéus todos de castor ou todos de lã, e nada mais. Podia o fabricante usar uma ferramenta nova e talvez melhor na produção de suas mercadorias? Não. As ferramentas tinham que ser de determinado tamanho e forma, e os inspetores apareciam sempre para verificar isso. (HUBERMAN, 2014, p. 109).

A política mercantilista dos monopólios significava prejuízo e destruição para o comércio livre. Além disso, o lucro obtido pela balança comercial positiva, defendida pelo mercantilismo não era distribuído em benefício da própria comunidade, “mas destinados ao próprio Estado: o exército e, sobretudo o rei e a corte” (HESSE, 2012, p. 126). A questão do comércio livre, particularmente foi defendida pelos fisiocratas na França. Isso porque foi nesse país que o controle da indústria atingiu o máximo. O resultado natural desse excesso de proibições e intervenções foi um movimento igualmente profundo. “O controle demasiado da indústria estimulou a luta pela ausência total de controle” (HUBERMAN, 2014, p. 109).

Foi nesse contexto, que os fisiocratas, comerciantes contrários às políticas mercantilistas e à excessiva regulamentação à atividade industrial, forjaram a célebre frase que se tornaria o grito de batalha de todos que se opunham às restrições impostas ao comércio e à indústria: “Laissez-faire!”, “Deixai fazer”.

Os fisiocratas achavam que uma economia se desenvolveria melhor quando se dá rédea solta às suas forças. Estavam convencidos de que uma economia dirigida não resistia à comparação de uma economia livre. Com estas teses, foram os precursores da teoria econômica liberal clássica. (HESSE, 2012, p. 129).

Desse modo, no final do século XVIII e princípio do século XIX, ocorreu o triunfo do liberalismo clássico, base da ideologia capitalista, que teve a França como precursora de tal movimento ideológico. O Estado Liberal tinha como uma das características a defesa da livre incitava e livre concorrência e a não intervenção do Estado na esfera privada. O escocês Adam Smith, um dos principais pensadores do liberalismo, afirmava: “É suficiente que deixemos o

homem abandonado em sua iniciativa para que ao perseguir seu próprio interesse promova o dos demais. O interesse privado é o motor da vida econômica” (SMITH, apud DERANI, 1999, p.32). Smith deu forma ao conceito da mão invisível, pelo qual o mercado sempre irá reinstaurar o equilíbrio entre todos os agentes econômicos, de modo a não se colocarem restrições à liberdade.

Diante desse contexto histórico, a livre-iniciativa apresenta-se como uma das facetas do livre comércio, garantindo o livre exercício de atividade econômica, desde que esta seja lícita. Em razão do princípio da livre-iniciativa, os agentes econômicos agem de maneira livre, sem intervenção direta do Estado. Segundo Tarcísio Teixeira (2013, p.43): “[...] a isso se denomina também economia de mercado, em que a maior parte da atividade econômica é gerada pela iniciativa privada, ficando o poder público com a função de regulamentar e fiscalizar”.

Inúmeros sentidos podem ser extraídos da liberdade de iniciativa econômica. Exemplos são: liberdade de comércio e indústria, do qual advém a faculdade de criar e explorar atividade econômica, e a liberdade de concorrência, que se traduz na faculdade de conquistar clientela, desde que não por intermédio de concorrência desleal.

A introdução dos ideais liberais no contexto econômico e social acarretou em consequências para o Direito, pois este, enquanto fato social, “[...] não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela.” (REALE, 2003, p. 2) Assim, é a partir da realidade posta que o direito desenha-se. Embora o direito exista desde os mais remotos tempos, as correntes do contratualismo e do iluminismo, surgidas com o Estado liberal, no final do século XVIII conduziram ao Estado constitucional, entendido como Estado assentado em uma Constituição fundadora e reguladora tanto de toda sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder. Assentado na ideia de liberdade e, em nome dela, o Estado liberal empenhou-se em limitar o poder político, tanto internamente quanto externamente. As transformações registradas não ficaram restritas ao campo da política, as revoluções liberais derrubaram velhos hábitos. Alguns valores perderam-se enquanto outros foram adquiridos. Houve um realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual e a absolutização da propriedade privada. As Constituições da época, entre as quais as brasileiras de 1824 e de 1891 refletem esta tendência. Por osmose ou por imitação, os regimes liberais foram-se implantando ao longo da primeira metade do século XIX. (MIRANDA, 2011, p. 32-35)

O parágrafo 17 do artigo 72 da Constituição de 1891 dispunha que “[...] o direito de propriedade mantem-se em toda sua plenitude”. A livre iniciativa

consiste em corolário do princípio absoluto do direito de propriedade. (FONSECA, 2010, p. 189).

Naquele momento histórico, o Estado não deveria intervir na atividade econômica a não ser como garantidor da liberdade de mercado e dos direitos individuais. Cabia à iniciativa privada a escolha da maneira como conduziria seus negócios e buscaria seus objetivos.

Contudo esta falta de mecanismos de controle das atividades econômicas gerou consequências. As empresas que, por diversas razões, conseguiam se sobressair economicamente, detinham maiores condições de absorver os avanços tecnológicos que surgiam. A concorrência tornou-se tão agressiva e destrutiva que, em pouco tempo, as empresas menores foram eliminadas. Os concorrentes mais poderosos, em vias de se destruírem uns aos outros, frequentemente optavam por associar-se, fundindo-se para assegurar sua sobrevivência levando a concentração de capital que mostrou seus efeitos controversos. (HUNT; SHERMAN, 2013, p.120)

A concepção de um liberalismo atomista, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica. A partir de meados do século XIX o capitalismo se transforma. As unidades se unem, formando grupos, dando origens ao novo Estado industrial. Com os grupos econômicos surgem os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade do comércio. A crise se instaura e provoca, no período entre as duas grandes guerras, o surgimento de um novo Direito e a imperiosidade da atuação do Estado no domínio econômico. (FONSECA, 2010, p. 190).

Os economistas neoclássicos de segunda e terceira geração foram forçados a admitir que existiam imperfeições no modelo proposto pelos clássicos liberalistas, de que o mercado, totalmente livre, se autorregularia e traria somente benefícios à sociedade. Embora convictos dos aspectos positivos do sistema capitalista, os neoclássicos de segunda e terceira geração propuseram algumas correções a tal sistema, como a intervenção governamental.

A concentração do poder econômico nas mãos das grandes corporações e o conseqüente desaparecimento de pequenas empresas que ficaram impossibilitadas de concorrer com os grandes grupos desencadeou a necessidade de o Estado intervir para sanar a crise do liberalismo econômico, protegendo as classes que poderiam vir a ser desfavorecidas com a nova feição das empresas.

O controle do poder econômico pelo Direito (...), e conseqüentemente o combate ao seu uso abusivo, importa em dois elementos essenciais: a

regulação e a concorrência. Existe, entretanto, uma linha bastante tênue entre regulação e concorrência, sobretudo em épocas de concentração do poder econômico, fazendo-se necessária uma regulação mais atuante e comprometida com o valor institucional concorrência (BAGNOLI, 2009, p.71)

O objetivo do Estado não era impedir a concentração de empresas, mas garantir efetivamente a liberdade de mercado. Assim, além de buscar assegurar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência que eram ameaçadas pelo agigantamento de algumas corporações, objetivava também defender o interesse da coletividade.

A Constituição brasileira de 1934 aderiu ao novo discurso, introduzindo, pela primeira vez, um título configurador da nova postura do Estado dentro da ordem liberal. “O ingresso do Estado para atuar no mercado gera uma nova ordem a ser disciplinada, a Ordem Econômica e Social” (FONSECA, 2010, p. 193).

Mas, foi na Constituição brasileira de 1937 que pela primeira vez utilizou-se a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”. A Constituição de 1946 explicitou os parâmetros fundamentais que balizariam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Fixando em seu artigo 145, os pilares da ordem econômica liberal que se instaurara.

Nesse contexto histórico, de imposição de balizas à racionalidade econômica e proteção aos interesses da coletividade em face do excessivo aumento do poder econômico das grandes empresas, a Constituição de 1967 com a emenda n. 1/69 positivou a defesa do consumidor.

2 DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A evolução histórica que culminou com o liberalismo econômico está intrinsecamente ligada à mudança da relação do homem com o capital e o comércio. O princípio basilar do liberalismo clássico, o direito absoluto à propriedade privada, direcionava as ações humanas inexoravelmente à acumulação do capital. O comércio apresentava-se como meio mais eficiente à expansão desse capital. As empresas detinham uma única preocupação, o lucro a qualquer preço.

Paralelamente à sedimentação do liberalismo econômico, um importante fenômeno era consolidado no continente europeu, a Revolução Industrial.

No século XVIII, a Inglaterra já dispunha de um mercado bem desenvolvido. O capitalismo seguia como sistema econômico cada vez mais fortalecido. A produção de bens manufaturados em quantidades cada vez maiores e redução dos custos de produção possibilitaram a obtenção de lucros consideráveis. O interesse em ampliar a margem de lucros, combinado com o crescimento da exportação de produtos manufaturados, provocou uma verdadeira explosão de inovações tecnológicas no final do século XVIII e princípio do século XIX, das quais a mais importante foi o desenvolvimento da máquina a vapor. Ao contrário da energia hidráulica, que requeria proximidade dos cursos d'água, a energia a vapor livrou as indústrias das imposições geográficas. Onde fosse possível adquirir carvão mineral a um preço razoável, instalava-se uma máquina a vapor. (HUNT; SHERMAN, 2013, p.62).

As principais cidades manufatureiras tiveram um crescimento espetacular. A população de Manchester, por exemplo, estimada em 17.000 habitantes em 1760, subiu para 237.000 habitantes em 1831 e 400.000 em 1851. A produção de bens manufaturados praticamente dobrou na segunda metade do século XVIII, e cresceu a um ritmo ainda mais intenso no princípio do XIX. Por volta de 1801, cerca de 30% da força de trabalho existente na Inglaterra estava empregada nas atividades manufatureiras e mineradoras; em 1831, esta cifra ascendeu para cerca de 40%. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 62).

Assim, o liberalismo econômico e a revolução industrial consistiam em poderoso combustível a serviço do crescimento econômico das empresas.

Com a substituição da manufatura pela máquina, teve início a produção em massa. A necessidade de os empresários escoarem sua produção, aliada à baixa intervenção estatal na ordem econômica, resultaram em uma série de atos abusivos praticados em detrimento da coletividade.

Também o modo de distribuição foi modificado. Se antes era o próprio fabricante que se encarregava de distribuir seus produtos, dominando todo o processo produtivo, a partir de certo momento a distribuição também passou a ser em massa, em cadeia, em grande quantidade, por mega-atacadistas, fazendo com que comerciantes e consumidores passassem a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem condições de conhecerem seu real conteúdo.

Esses novos mecanismos de produção e distribuição corporificaram inéditos instrumentos jurídicos tais como os contratos coletivos, contratos de massa, contratos por adesão, cujas cláusulas gerais são preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor sem qualquer participação do consumidor. O que amplificava sua posição de hipossuficiência e vulnerabilidade.

O surgimento dos grupos econômicos e das grandes corporações contribuiu, ainda mais, para o aumento do desequilíbrio entre os dois lados das relações de comércio, empresa e consumidor. O Estado passou a intervir no domínio econômico a fim de proteger os interesses coletivos e dentre estes os direitos do consumidor. A intervenção do Estado sobre o domínio econômico mostrou-se instrumento imprescindível para manutenção da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

Após longa atuação jurisprudencial, foram editadas, em diversos países do mundo, leis específicas para disciplinar as relações de consumo.

No Brasil, entre as décadas de 40 e 60 o direito do consumidor começou a surgir quando foram sancionadas diversas leis e decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Dentre as quais, pode-se citar: a Lei n. 1221/51, denominada Lei de Economia Popular; a Lei Delegada n. 4/62; a Constituição de 1967 com a emenda n. 1/69, que consagrou a defesa do consumidor.

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que sedimentou a defesa do consumidor como um valor a ser observado pela ordem econômica. Isso pode ser percebido tanto no inciso V do artigo 170, quanto no inciso XXXII do artigo 5º da CF, o qual prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Figurando, portanto, como direito fundamental expresso.

Em 1990 surge a Lei Federal 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor. O CDC regula não só relações privadas como também atinge o interesse de toda a coletividade, vez que limita a autonomia da vontade das partes. Tratam-se de normas públicas de caráter cogente, o que significa dizer que a ninguém é dada a possibilidade, ainda que por acordo, de afastar sua aplicabilidade.

3 LIVRE-INICIATIVA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Segundo Fernando Aguillar (2012, p. 264), no sistema de livre mercado, base do modo de produção capitalista, os empresários privados têm o papel de liderança no desempenho das atividades econômicas. Tal fato recebe respaldo legal e constitucional no mundo jurídico. Para o autor, podem-se dividir em dois grandes grupos as normas jurídicas que tutelam o funcionamento do mercado capitalista: normas estruturais e normas de ajuste. As primeiras dizem respeito àquelas que estabelecem a estrutura de base do mercado como, por exemplo, as que instituem a primazia da iniciativa privada em face do Estado empresário

e as que consagram o princípio da livre-iniciativa. As segundas intervêm sobre o funcionamento do mercado instituído, a fim de que determinados resultados sejam alcançados, reprimidos ou estimulados.

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de proteção à liberdade de competição e de iniciativa visando coibir a infração à ordem econômica e a concorrência desleal (COELHO, 2011, p. 46).

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre a ordem econômica deixa clara a existência destas duas ordens normativas. No *caput* preceitua que a ordem econômica será fundada na livre iniciativa e logo adiante elenca um rol de princípios que deverão ser observados por esta mesma ordem econômica.

Embora a livre-iniciativa constitua desdobramento do direito fundamental à liberdade, a mesma não pode ser interpretada restritivamente à liberdade econômica. A livre-iniciativa não se resume a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa”, enquanto fundamento constitucional não deve ser vista sob uma ótica individualista, mas sim no quanto expressa algo socialmente valioso. (GRAU, 2004, p. 186)

A liberdade é um atributo inalienável do homem, desde que seja concebida dentro de um todo social e não exclusivamente em sua individualidade. E Grau pontua que o termo homem aqui apontado deve referir-se ao homem social, associado ao homem e não o homem inimigo do homem. (GRAU, 2004, p. 191).

A Constituição Federal de 1988 bem denota esta preocupação com as duas faces da relação de consumo. O artigo 1º da Constituição Federal em seu inciso IV tenha alçou a livre-iniciativa a fundamento do Estado Democrático de Direito. O artigo 5º, inciso XXXII, por sua vez, expressa que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”. Alçando a proteção do consumidor a princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o legislador originário deixa clara sua preocupação ao definir no artigo 3º, inciso I, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Realizando-se uma breve análise sobre tais termos tem-se que sociedade livre é aquela que busca a efetivação da liberdade real ou material e não somente a liberdade formal. Sociedade justa é aquela que realiza justiça social. E solidária é a sociedade que não inimiza os homens entre si, fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Resta claro, portanto que ainda que o Estado brasileiro entenda que a racionalidade econômica deve usufruir de liberdade para iniciar e gerir suas atividades sem intervenção direta sobre estas, tal liberdade não constitui, de forma alguma, princípio absoluto, dispondo a ordem econômica que contribua em assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observando vários princípios, dentre os quais a defesa do consumidor.

4 ÉTICA EMPRESARIAL: UMA NOVA VISÃO ACERCA DO CONSUMIDOR

Se em um primeiro momento a proteção ao consumidor apresentou-se como ônus imposto pelo Estado à racionalidade econômica a fim de equilibrar as relações de consumo, contemporaneamente tais relações têm adquirido novos contornos.

Segundo Guido Alpa (1986, p.9) não é possível tratar de tutela do consumidor sem envolver a questão do controle da atividade empresarial. Tutela do consumidor e controle da iniciativa econômica privada são aspectos do mesmo fenômeno.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor em 1990, não se pode mais conceber a atividade empresarial desvinculada de uma preocupação efetiva com sua conduta ética perante o consumidor a partir dos princípios e regras estabelecidos tanto na primeira como no segundo. (LUCCA, 2009, p. 362).

O consumidor, desde que as práticas consumistas existem no seio da humanidade, sempre foi parte fundamental das relações de consumo. Obviamente, não há como se falar em consumo sem que exista a figura do cliente. Empresa e consumidor constituem lados opostos de uma mesma relação. De um lado, as empresas viabilizam a subsistência material e intelectual dos consumidores, por outro, estes consistem em parte fundamental para o crescimento econômico das empresas sem os quais as relações comerciais não existiriam.

Todavia, tal relação adquiriu diferentes contornos ao longo da história.

Na Europa medieval, a ideologia que proporcionou o alicerce moral, capaz de manter coesa a Europa feudal, denominada ética de corporação cristã ou ética paternalista cristã, pregava a visão de que a sociedade consistia em entidade única na qual os homens que ocupavam posição econômica superior tinham obrigações paternalistas para com os homens comuns, isto é, os pobres. Os

escritos de Clemente de Alexandria previam que os homens ricos tinham uma obrigação especial: deviam encarar as suas riquezas como dádivas de Deus, e utilizá-las com discernimento, em proveito do bem-estar de seus semelhantes. (HUNT; SHERMAN, 2013, p.17).

Em um momento posterior, tal visão foi substituída pela apologia ao individualismo pregada pela filosofia liberal clássica.

Nas palavras de Adam Smith, cada produtor:

[...] tem em vista exclusivamente sua própria segurança: ao dirigir a indústria de modo a que os bens produzidos alcancem o maior valor possível. (...) Ao perseguir seu próprio interesse, frequentemente promove o interesse da sociedade de forma mais eficaz do que quando é realmente sua intenção promovê-lo. Eu nunca soube de grandes ações praticadas por aqueles que se dedicam ao comércio em nome do bem comum. Em verdade, esse é um sentimento raro entre os mercadores, e bastariam poucas palavras para dissuadi-los de causa tão nobre. (SMITH apud HUNT; SHERMAN, 2013, p. 69).

Por um longo período, o único enfoque das empresas foi a obtenção do lucro e o consumidor era visto em uma visão utilitarista como um instrumento viabilizador deste lucro.

A intervenção do Estado sobre o domínio econômico trouxe a necessidade às empresas de incluírem no rol de suas ações, princípios que por vezes não coincidiam com seu *telos* natural. O artigo 170 da Constituição Federal e seus incisos bem denotam tal tendência.

Contudo, a contemporaneidade tem trazido à baila uma nova visão acerca da relação empresa com a sociedade, aqui tratada na figura do consumidor.

Uma interseção de princípios e valores que pode ser vislumbrada em relação aos princípios norteadores das condutas das empresas contemporâneas. A inclusão da ética empresarial aos objetivos das empresas configura exemplo disso. Segundo Domingo García Marzá (2008, p.14) qualquer empresa não pode ser tratada como se fosse negócio de uma pessoa ou de um grupo restrito, pois seu papel é essencialmente social e, por isso, ela deve assumir este ônus de compromisso moral e responsabilidade social.

Se em um primeiro momento o consumidor era visto pelas empresas como instrumento a serviço da consecução do lucro, contemporaneamente, tais empresas paulatinamente percebem a necessidade em estabelecer com

seus consumidores uma relação de confiança. Ser uma empresa ética e obter lucro já não constituem conceitos antagônicos.

Hoje, já não surpreende mais identificar os dois conceitos, até há bem pouco tempo antagônicos, juntos. Na verdade, afirmações como *negócio é negócio* definiam um contexto no qual ser ético significava, em última análise perder dinheiro. A empresa era entendida como algo objetivo, com uma lógica clara e uma finalidade concreta, voltada ao lucro econômico. Dessa forma, gerar valor significava produzir valor econômico, um tanto adverso à ética, sempre representada como algo subjetivo, próprio da consciência de cada um, centrada naquilo que pode ser modificado a partir da vontade individual de cada um. [...] Essa divisão de tarefas não corresponde às expectativas sociais atualmente depositadas na empresa. (...) em prestigiosas listas da *Fortune*, por exemplo, o primeiro fator que mais influi na reputação de uma companhia é o seu desempenho financeiro, enquanto que o segundo é o seu comportamento ético. (MARZÁ, 2008, p. 24).

A globalização potencializou a importância da confiança nas relações entre empresa e consumidor. Segundo Garcia Marzá (2008, p.32), a globalização não implica um desaparecimento do Estado e de suas funções econômicas, mas um recuo na visão de que este consiste em único responsável pelo âmbito público. Há um reconhecimento pela sociedade civil de que existem outros agentes, individuais e institucionais que também devem ocupar-se do bem-comum, gerando um aumento de responsabilidades dos atores que compõem a sociedade.

Os avanços tecnológicos aplicados aos meios de comunicação facilitaram a comunicação de pessoas localizadas nas mais diferentes localidades do globo. A comunicação digital ultrapassou em alcance e capacidade todas as demais mídias, propiciando que um grande número de pessoas possa ter acesso e compartilhar múltiplas informações e trocá-las em um mesmo tempo, independentemente das distâncias.

Este novo contexto na seara da comunicação propiciou a existência de uma opinião pública mundial, para qual “a confiança adquire um ativo cada vez mais importante para o desenvolvimento da empresa” O atual processo de globalização permite que se faça um julgamento do bom e do mau desempenho da empresa com alcance global e que seja denunciado o não-cumprimento de expectativas em determinado espaço geográfico em que ocorram. (MARZÁ, 2008, p. 64).

O consumidor passa a esperar uma maior e melhor contribuição das empresas ao desenvolvimento econômico, social e ecológico.

A confiança constitui premissa básica em quaisquer tipos de interações, desde as relações pessoais mais elementares até as mais complicadas redes institucionalizadas. No âmbito empresarial, contemporaneamente, a confiança passa a compor o capital intangível das empresas.

No contexto globalizado, o comprometimento das empresas com práticas que respeitem direitos assegurados aos consumidores, aos trabalhadores, ao meio ambiente, dentre outros, tornam-se ações valorizadas e alimentadoras da confiança que os consumidores depositam nas empresas com as quais se relacionam. A reputação da empresa passa a ser cada vez mais um capital intangível que repercute na aceitação de um produto ou marca. Nesse sentido, dispõe Garcia Marzá (2008, p.34):

Se o âmbito de ação da empresa é, em grande parte global, também o são as justificativas com as quais, de fato, ajuizamos a justiça dessas ações. Em função disso, exigimos responsabilidades e estamos convencidos de uma boa reputação ou, senão, retiramos a confiança depositada em um produto ou marca.

Diante de tal contexto, a ética empresarial apresenta-se como o instrumento possibilitador de construir a confiança que uma determinada empresa irá gerar em seus consumidores e na sociedade. Fazendo com que estes assumam importante papel na internalização da ética empresarial nas condutas das empresas.

[...] a tarefa primordial da ética empresarial consiste em ocupar-se das condições de possibilidade da credibilidade social da empresa e, portanto, da confiança nela depositada por parte de todos aqueles grupos que formam parte ou estão relacionados por sua atividade (MARZÁ, 2008, p.27).

Assim, a questão da livre iniciativa em relação à proteção ao consumidor em muito se modificou ao longo da história. A desvinculação de tais conceitos, próprios do liberalismo clássico passou à inserção da confiança estabelecida entre empresa e consumidor ao capital intangível das empresas. Tal evolução atesta a tendência iniciada no pós-guerra de conduzir o homem ao centro das relações sociais e econômicas, a fim de que a dignidade da pessoa humana passe a ser um valor cada vez mais internalizado pela racionalidade econômica na sociedade contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Empresa e consumidor constituem dois lados de uma mesma relação. Apesar de figurarem em posições opostas formam um vínculo de complementariedade. De um lado, as empresas viabilizam a subsistência material e muitas vezes imaterial dos consumidores, por outro, estes consistem em parte fundamental para o crescimento econômico das empresas sem os quais as relações comerciais não existiriam.

Embora, o elo entre empresa, anteriormente representada pela figura dos comerciantes, e consumidor sempre tenha existido, tal relação adquiriu diferentes contornos ao longo da história. Partindo da sociedade feudal, na qual as práticas comerciais se davam de forma rudimentar, passando pelo mercantilismo, onde as riquezas frutos da expansão do comércio eram monopolizadas pelo poder real até o liberalismo clássico, no qual não era possível identificar uma real preocupação dos comerciantes em relação consumidores. Estes constituíam apenas um elemento fundamental na geração do lucro almejado pelo comerciante e posteriormente pela empresa. Principalmente no liberalismo, quando ficou expressa a filosofia de que era através da liberdade concedida à esfera econômica que se alcançaria o bem de todos.

Historicamente, tal teoria denotou suas falhas. A liberdade plena, defendida pelo liberalismo clássico acarretou em forte concentração de renda culminando na fusão das empresas mais fortes e no desaparecimento das que não dispunham de instrumentos para permanecer no mercado.

A intervenção do Estado sobre o domínio econômico mostrou-se como instrumento imprescindível para manutenção da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

Neste contexto surgiram nos ordenamentos princípios sociais que deveriam ser incorporados às condutas da ordem econômica, entre eles a proteção ao consumidor.

O que inicialmente foi internalizado pela racionalidade econômica como um ônus, adquiriu nova dimensão. A confiança gerada pela empresa no consumidor, contemporaneamente foi alçada a parte do capital intangível da empresa.

A globalização com seus avanços tecnológicos, em especial nos meios de comunicação possibilitou a existência de uma opinião pública mundial, para qual a confiança adquire um ativo cada vez mais importante para o desenvolvimento da empresa. Contemporaneamente, é possível a construção

de um julgamento do bom e do mau desempenho da empresa com alcance global, sendo denunciadas as condutas que não correspondam às expectativas da sociedade. A ética empresarial apresenta-se como o instrumento possibilitador de construir esta confiança.

Embora a globalização não implique no desaparecimento do Estado e de suas funções econômicas, este não constitui o único responsável pelo âmbito público. Há um reconhecimento pela sociedade civil de que existem outros agentes, individuais e institucionais que também devem ocupar-se do bem-comum, gerando um aumento de responsabilidades dos atores que compõem a sociedade.

Desse modo, através da confiança que as empresas pretendem estabelecer nas relações de consumo, o consumidor, ainda que indiretamente, assume importante papel no fomento de atitudes éticas e implementadoras do bem comum por parte das empresas na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. Do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2012.

ALPA, Guido. *Diritto privato dei consumi*. Bolonha, Itália: Società Editrice Il Mulino, 1986.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, p. 29-39, jan./mar., 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Helge. **A história do mundo em 50 frases**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

HUNT, E. K.; SHERMAN, H. J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 2013.

LUCCA, Newton de. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARZÁ, Domingos García. **Ética Empresarial**. Do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**. Doutrina e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

Submetido em 09/03/2015

Aprovado em 27/05/2015

Como citar: MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira. **Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.167-184, jun. 2015.

Micro e pequenas empresas contratadas do terceiro setor contratante de obras e serviços públicos

MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN THEIR CONTRACTS WITH THE THIRD SECTOR RESPONSIBLE FOR PUBLIC SERVICES

* Daniela Juliano Silva

** Napoleão Miranda

Resumo: Em um cenário de sucessivas mudanças, nos deparamos hoje com um “novo” desenho de Estado (*Primeiro Setor*), subsidiário e fomentador, abarcando novos modelos de contratação, que envolvem instituições privadas sem fins lucrativos (*Terceiro Setor*) à frente de serviços sociais de relevância (saúde, educação, tecnologia, dentre outros). Para cumprir com as obrigações firmadas com o ente público (*obrigações-fim*), este *Terceiro Setor* realiza contratações (para realizar suas *obrigações-meio*) com o *Segundo Setor* (Mercado), donde se inserem Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. O presente estudo pretende um olhar reflexivo sobre estas contratações, geralmente fruto de processos licitatórios simplificados, a fim de verificar suas especificidades e se as mesmas se dão com observância das prerrogativas e do tratamento diferenciado especialmente dispensado àquelas sociedades empresárias (art. 170, X, CF/1988). Nesta empreitada, optou-se, afora uma revisão bibliográfica, por uma abordagem investigativa, sob o ponto de vista de três organizações sociais distintas que possuem contratos de gestão na área da saúde com entes públicos e, portanto, firmam contratos com ME e EPP para a realização de suas obrigações junto ao poder público.

Palavras-chave: Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; Contratos com o Terceiro Setor.

Abstract: A new perspective in the design of the State figure (as known as the *First Sector*) reinforces the new models of contractions, involving private, nonprofit institutions (as known as the *Third Sector*) ahead relevant public services (in health, education, technology). In order to fulfill their obligations into the promotion of those public services, the Third Sector contracts with micro and small enterprises (as known as the *Second Sector*). This study intends a glance into the dynamic of

* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD/UFF. Advogada. E-mail: danjulsil@yahoo.com

** Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – SBI/IUPERJ, Vice-Diretor do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia (ICHF) da Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Email: napomiranda@uol.com.br

those contractions, in order to realize if their rules respect the privileges that micro and small enterprises has in Brazilian law regulations and if those privileges are really making any difference in the reality of the relation between micro and small enterprises and the third sector. Apprehending an exploratory effort we choose three different social organizations, in order to realize the dynamic of those contractions.

Keywords: Micro and small enterprises. Third Sector; Contracts in public services.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, é necessário contextualizar o cenário no qual pretendemos nos debruçar. É preciso, portanto, antes de qualquer outra digressão, apontar para as dificuldades terminológicas e conceituais que, invariavelmente, circundam a temática ora abordada. Existe uma enormidade de variáveis ao falarmos do *Terceiro Setor* e, neste momento, julgamos prudente pontuarmos acerca das mais recorrentes. Nesta ordem, vale reforçar o recursivo pensamento de que o Terceiro Setor deveria, em verdade, receber a denominação de *Primeiro Setor* (RIFKIN, 2005, p. 19), vez que a sociedade teria surgido antes do Estado e do Mercado. Alguns autores (MONTAÑO, 2005), condenam a divisão entre Primeiro, Segundo e Terceiro setor, “construído a partir de um recorte social em esferas” (MONTAÑO, 2005, p. 53), de matizes claramente neopositivistas, que as distanciaria da realidade social, impondo um conceito reducionista, “como se o ‘político’ pertencesse à esfera estatal, o ‘econômico’ ao âmbito do mercado e o ‘social’ remetesse apenas à sociedade civil” (MONTAÑO, 2005, p. 53).

Existe ainda, a crítica terminológica no sentido da confusão que poderia advir do termo *Terceiro Setor*, em contraposição ao termo *Setor Terciário* (COELHO, 2003, p. 43). Finalmente, instaura-se recorrente conflito no sentido de que, por se portar em franca oposição ao Estado e ao Mercado, o Terceiro Setor não pertenceria nem à esfera do público, nem à esfera do privado, recebendo as mais diferenciadas nomenclaturas: “público porém privado” (MONTAÑO, 2005, p. 18); “privado porém público” (FERNANDES, 1994, p. 13); “a atividade pública desenvolvida pelo setor privado” (IOSCHPE, 2005, p. 14); o “público não-estatal” (BRESSER PEREIRA; GRAU, 1999, p. 21); “setor específico” (PIMENTA; SARAIVA; CORRÊA, 2008, p. 11).

Outra questão que acreditamos merecer, de pronto, alguma reflexão, diz respeito à menção no título deste estudo ao termo “serviços públicos”, que em si suportaria estudo próprio. Como veremos mais adiante, o Terceiro Setor começa a se perpetuar no cenário brasileiro com o *Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal*, (BRASIL, 1995), e especialmente com a classificação ali eternizada que consagrou aos entes do Terceiro Setor o “Setor de serviços não-exclusivos do Estado”. Nesta medida, os entes do Terceiro Setor não estariam a frente de serviços públicos “exclusivos”, o que não os submeteria aos ditames do regime jurídico de direito público, com seus processos e procedimentos peculiares. Sendo assim, o uso do termo “serviços

públicos” no título deste trabalho traz consigo impropriedades que não pretendemos enfrentar, nem muito menos esgotar. O termo deve ser compreendido da forma mais popularizada possível, especialmente pela onipresença do Terceiro Setor na realização de direitos sociais de peso.

Desta feita, deixando um pouco de lado todas as ponderações acima explicitadas, na tentativa de delimitarmos o objeto no qual nos debruçaremos, superando as polêmicas e divergências conceituais e terminológicas, entenderemos por *Terceiro Setor*, de forma bem simplificada (e direcionada), aquelas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que, via contratos com o poder público, realizam serviços públicos de relevância. Nesta relação, por fim, interessa-nos o cenário onde se formalizam os “contratos-meio” (limpeza, vigilância, refeições, dentre outros), que viabilizarão o fim público. Nesta ordem, lançaremos um olhar sobre os processos de compras firmados entre os entes do Terceiro Setor e os entes do Segundo Setor, em especial, os perpetrados entre microempresas e empresas de pequeno porte (ME’s e EPP’s).

Neste cenário, empreende-se, primeiramente, uma revisão bibliográfica dos principais temas que importam à matéria, levando em conta, neste sentido, o contexto das micro e pequenas empresas no cenário brasileiro, seus privilégios normativos e principais expectativas. No desenvolvimento bibliográfico, empreende-se também um esforço de contextualização da figura do Terceiro Setor sob a ótica de seus principais marcos teóricos, no que citamos, Gustavo Justino de Oliveira (2008) e José Anacleto Abduch Santos (2007).

Ainda em termos metodológicos, por meio da competente pesquisa exploratória, pretende-se verificar a relação entre ME’s e EPP’s com o Terceiro Setor, com foco especial nos processos de compras de obras e serviços de responsabilidade deste (no que citamos, os serviços de fornecimento de refeições, limpeza, vigilância). Nesta dinâmica, interessa-nos verificar quais são os métodos e como se dão as contratações, geralmente fruto de processos licitatórios “simplificados”, promovidos pelos entes do Terceiro Setor e, se os mesmos acontecem em respeito ao tratamento favorecido dispensado às sociedades empresárias ora foco de nosso estudo. Desta feita, realiza-se um estudo comparativo entre três Organizações Sociais (OS’s) representantes deste Terceiro Setor – (Missão Sal da Terra (MG), IABAS (RJ) e VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade (RJ) – com o intuito de verificar o comportamento destes entes na sua relação prática com micro e pequenas empresas.

Nesta medida, no desenvolvimento do tema, parte-se, no primeiro tópico, para uma análise preliminar acerca das prerrogativas e privilégios das ME's e EPP's e o cenário do empreendedorismo no Brasil. Na sequência, passa-se, obrigatoriamente, por todo o processo que culminou na mudança do paradigma estatal, com o maior comprometimento da sociedade civil e do direcionamento do que se entenderia por *Terceiro Setor*.

Finalmente, no último tópico deste estudo, tendo-se optado por uma abordagem investigativa, concretiza-se a pesquisa empírica, com a análise dos processos de compras das três Organizações Sociais municipais acima mencionadas (uma no Estado de Minas Gerais e as outras duas no Estado do Rio de Janeiro), a fim de verificar se as mesmas se dão com respeito às prerrogativas afetas às ME's e EPP's, e se essas têm conseguido se destacar nestas dinâmicas de contratação.

1 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – PERSPECTIVAS E PRIVILÉGIOS

Desde 2000, O Brasil participa da *GEM – Global Entrepreneurship Monitor*, pesquisa de âmbito mundial, que pretende o levantamento de dados dos países envolvidos (em 2012, foram 69 países), a fim de verificar as condições para o desenvolvimento de novos negócios. Por aqui, a pesquisa é conduzida pelo Instituto Brasileiro da Qualidade e Produtividade – IBPQ – e conta com a parceria do Serviço Brasileiro de Apoio às micro e pequenas empresas – SEBRAE. Em 2012 o GEM Brasil¹ apresentou curiosidades (e novidades) ao demonstrar, por exemplo, que o sonho de ter um negócio próprio, superou o sonho dos brasileiros de fazer carreira em uma empresa. A realidade limitadora dos negócios no Brasil, com impostos e sistemas burocráticos sem igual, tolhem a plena capacidade empreendedora do país, servindo o universo das micro e pequenas empresas como experiência para construção de novas possibilidades.

Como fizemos questão de direcionar em nossas considerações introdutórias, nos interessa pontuar nestas linhas o tratamento diferenciado recebido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em nosso ordenamento, reconhecendo o esforço do legislador brasileiro de favorecer o empreendedorismo no país. Tal direcionamento inicial se faz necessário, na

¹ GEM Brasil 2012 disponível em [http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/9696c98c23d137fd0d8af1300d9742b0/\\$File/4226.pdf](http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/9696c98c23d137fd0d8af1300d9742b0/$File/4226.pdf).

medida em que nos interessa mais de perto conduzir o leitor a uma realidade contraposta, que parece deixar em segundo plano quaisquer privilégios daqueles entes quando da relação com o dito *Terceiro Setor*.

A Constituição Federal de 1988, especialmente em seus artigos 170, IX e 179, delimita claramente a pretensão de se dar às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento especial a fim de que se concretize efetivamente toda a sua força empreendedora. Os artigos constitucionais reafirmam a potência de micro e pequenas empresas no universo do empreendedorismo brasileiro, como sociedades que representam a maior fatia deste universo.

Nesta ordem, enquanto a Constituição Federal faz as vezes de mandatária deste tratamento favorecido, a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que veio instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, é quem dita as normas gerais de seu tratamento diferenciado. Tais prerrogativas se dão, especialmente, nos processos de contratação pública, a exemplo do direito de comprovar condição de regularidade fiscal apenas por ocasião da contratação e o direito de preferência no caso de empate nos processos licitatórios (arts. 42 a 45). Bastaria, a princípio, para gozar destas prerrogativas, seu enquadramento como Microempresa (receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 ano-calendário) ou como Empresa de Pequeno Porte (receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a 3.600.000,00 ano-calendário).

É certo que não é o objetivo primeiro deste estudo tecer maiores considerações acerca das críticas existentes ao tratamento diferenciado dispensado a micro e pequenas empresas, especialmente no que diz respeito aos privilégios das mesmas no âmbito dos certames licitatórios estatuído pela LC 123/2006, mas não faltam autores (JUSTEN FILHO, 2007, p. 87) a conclamar as polêmicas por detrás de citado fomento constitucional.

No mais, poderíamos citar outras prerrogativas, principalmente de ordem tributária (art. 146, III, *d*, CF/88), mas o regime de tributação simplificado – SIMPLES também não guarda correlação com o objetivo que ora nos debruçamos, no sentido de descortinar as relações das micro e pequenas empresas no universo de contratações com o dito *Terceiro Setor*.

Desta feita, empreenderemos na sequência, algumas considerações mais aprofundadas acerca do Terceiro Setor (deixando de lado as polêmicas conceituais, terminológicas e ideológicas), a fim de melhor contextualizarmos o campo de reflexões inicialmente proposto.

2 O TERCEIRO SETOR

Superadas as reflexões terminológicas e conceituais (tendo deixado de lado as questões ideológicas) que o denominado *Terceiro Setor* desperta, as quais fizemos questão de pontuar logo nas primeiras linhas deste estudo, pretendemos neste momento, uma incursão bastante generalizada acerca do que se venha a entender por Terceiro Setor (seu surgimento e desenvolvimento), a fim de delinear-mos o cenário geral pelo qual caminhamos.

Nesta ordem, é importante reconhecer todas as mutações sofridas pelo Estado, que não mais realiza o exercício de suas competências públicas somente por intermédio dos órgãos da Administração Direta e das entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas). Em um profícuo cenário de transformações e de consequente reforma administrativa, a sociedade civil se fortalece e ganha corpo através do denominado *Terceiro Setor*.

Neste processo de transformação do Estado contemporâneo que ora nos atrai, alguns elementos se destacaram: “(i) a cooperação mais ou menos sistemática e a conjugação ordenada dos papéis de actores públicos e privados no desenvolvimento das tradicionais finalidades do Estado Social e de Serviço Público; (ii) Sob o mote de uma ‘modernização administrativa’, um complexo processo de ‘empresarialização’ que, por vezes, passa pela ‘privatização das formas organizativas da Administração Pública’; (iii) A promoção de mecanismos de envolvimento e de participação de particulares ‘interessados’ na gestão de um largo leque de incumbências públicas” (GONÇALVES, 2005, p. 27).

Diante deste cenário, passa a ganhar evidência uma sistemática estatal mais colaborativa, de um Estado fomentador, negocial, que vai em busca de parcerias para realizar de forma efetiva suas competências públicas e é nesta dinâmica que se estrutura e desabrocha o *Terceiro Setor*. Do inglês *third sector*, o Terceiro Setor se difundiu a partir da década de setenta, se referindo às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo maior é a satisfação do interesse social e não o mero lucro.

Em contraposição aos chamados *Primeiro Setor* (representado pela figura do Estado) e o *Segundo Setor* (Mercado), o *Terceiro Setor* é tradicionalmente entendido como área dentro da qual se encontram todas as entidades que não fazem parte do Estado nem do mercado. Sob a metodologia estabelecida pelo *Handbook on nonprofit institutions in the system of*

national accounts, editado pela Organização das Nações Unidas, fariam parte do Terceiro Setor as entidades que detenham, cumulativamente: (i) natureza privada; (ii) ausência de finalidade lucrativa; (iii) institucionalizadas; (iv) auto-administradas; (v) voluntárias (SALAMON; ANHEIER, 1994, p. 79).

Apesar desta referência, ela não se presta à adoção de um conceito satisfatório à dogmática jurídica, mormente pela amplitude e pelos contornos assumidos pela matéria no cenário institucional pátrio. De toda forma, na tentativa de conceituar o Terceiro Setor uma concepção prevalece: a idéia de delegação social. É o que alerta Diogo Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 124), ao inserir os entes do Terceiro Setor no que denomina *entes intermédios*, para os quais haveria a transferência de serviços de interesse público “[...] em favor de entes criados por ela própria sociedade, dedicados à colaboração no atendimento de interesses legalmente considerados como públicos”.

Diante dos mais variados conceitos apresentados pela doutrina do que se entenda por Terceiro Setor, citamos o conceito de Gustavo Justino de Oliveira (2008, p. 46), por sua variedade de elementos, senão vejamos:

[...] o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).

Na realidade brasileira, tal modelo surge, a princípio, pela prestação de serviços de interesse público pela Igreja Católica, por meio de confrarias e irmandades que, posteriormente, ganharam companhia de entidades criadas por outras igrejas e de associações de imigrantes. No século XX, frente aos processos de urbanização e industrialização, este quadro se alteraria sensivelmente. Surgem numerosas associações profissionais, associações de classe e sindicatos, como instrumentos de amparo ante a ausência de normas regulatórias das relações de trabalho.

Com a Constituição de 1934, o Estado brasileiro assume o modelo de Estado social, ocorrendo uma aproximação entre Estado e sociedade, caracterizada por um movimento de “socialização do Estado e estadualização da sociedade” (NOVAIS, 1987, p. 197), ou melhor, “[...] absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, a politização de toda a sociedade”

(BONAVIDES, 2003, p. 231). Como expressão máxima do modelo intervencionista de Estado, foram criadas nessa época, empresas públicas para atuação na área econômica, bem como foi ampliado o aparato estatal destinado à prestação de serviços sociais. Nesta perspectiva, surgem a Legião Brasileira de Assistência – LBA e os serviços sociais autônomos (entidades do chamado *sistema “S”* – SENAI, SESI, SESC, SENAC, SEBRAE, SENAR), pessoas jurídicas de direito privado, mantidas por contribuições sociais e dotação orçamentária, com o objetivo de prestar educação profissional e assistência aos cidadãos vinculados ao setor produtivo.

Com a promulgação da Constituição de 1988 reconhece-se que, pela primeira vez, uma Constituição brasileira tratou de maneira expressa acerca da sociedade civil, atribuindo à mesma, em inúmeros dispositivos (art. 199, §1º; art. 204, I; art. 205; art. 213, I e II; art. 216, §1º; art. 227, §1º), o dever de contribuição para a consecução dos objetivos do Estado brasileiro.

Neste panorama surge o *Plano Diretor de Reforma do Estado* que, adotando um modelo conceitual baseado na distinção de quatro setores específicos de ação estatal, conforme a natureza de suas atividades, associa-os às modalidades de propriedade (pública, pública não-estatal e privada) e formas de gestão. Nestes setores, destacam-se um *Núcleo estratégico*, um *Setor de atividades exclusivas do Estado*, *Setor de serviços não-exclusivos do Estado* e um *Setor de produção de bens e serviços para o mercado*. O Terceiro Setor faria parte, em franca redundância, daquele terceiro Setor (*Setor de serviços não-exclusivos do Estado*). Como já fizemos questão de pontuar, a definição como “serviços não-exclusivos do Estado” norteia toda uma discussão sobre os limites da atuação do Terceiro Setor e o que lhe garantiria imprimir as características de uma gestão privada. Esta afirmação tem todo um peso na temática ora posta em reflexão, uma vez que, ao se entender que o Terceiro Setor presta “serviços públicos”, estaria sujeito aos ditames do regime público.

No mais, citado *Plano Diretor de Reforma do Estado* previu a criação de entidades denominadas Organizações Sociais – OS’s, exteriorizando a tentativa de redefinir o plano de relações entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público. Outras entidades destacaram-se neste cenário, no que citamos, especialmente, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Tais entes, por intermédio das suas respectivas leis, se encontram à frente de ações na área da cultura, saúde, educação e tecnologia, meio ambiente, dentre outras.

Como já antecipado, nos interessa mais de perto, a fim de reduzir o objeto de estudo uma reflexão acerca da realidade das Organizações Sociais (OS's), uma vez que nossa pesquisa exploratória foi empreendida segundo o dia a dia de Organizações Sociais e suas relações contratuais especialmente com ME's e EPP's.

A princípio, as Organizações Sociais surgiram para absorver as atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos, fator de sucessivas (e justificadas) críticas ao modelo. De toda forma, com o desenvolvimento da matéria e com o advento da Lei Federal 9.637/1998 muito se modificou e estas instituições privadas sem fins lucrativos se tornaram legitimadas a firmar parcerias com o Poder Público, via contratos de gestão. Uma vez que não é o foco principal deste estudo uma incursão aprofundada na lei das OS's, entendemos que valeria apenas ressaltar que, tais entes nada mais são, do que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que em razão do preenchimento de certos requisitos, receberam uma “qualificação” do Poder Público, que as legitima a realizar competências na esfera dos direitos sociais.

O nível de compromisso firmado nos respectivos contratos de gestão, com a necessidade de cumprimento de resultados e metas específicas, a realização de serviços sociais de relevância e o recebimento de recursos públicos promove a coexistência de regimes jurídicos diversos, ora público, ora privado. A princípio, as relações firmadas entre os entes públicos e estas organizações sociais se dão sob o manto de prerrogativas e cláusulas exorbitantes, típicas do regime público. Tais instituições não são independentes e autônomas como se pretende o discurso. Sujeitam-se, constantemente, ao controle de entes públicos (Ministério Público, Tribunais de Conta, Legislativo e do próprio ente contratante) e à apuração de seus atos de responsabilidade.

Em paralelo à relação que se estabelece entre o poder público e o ente do Terceiro Setor, surgem as relações que denominamos de “obrigações-meio”, firmadas com entes privados, pertencentes ao *Segundo Setor* (Mercado), cujos pormenores desenvolveremos na sequência.

3 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCESSOS DE COMPRA DO TERCEIRO SETOR – TEORIA E PRÁTICA

As reflexões até aqui esposadas se mostraram necessárias a fim de finalmente adentrarmos na dinâmica de contratações do Terceiro Setor e se

as especificidades deste modelo trazem alguma consequência ou mesmo algum tipo de comprometimento ao tratamento diferenciado dado a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Como já antecipamos, um regime híbrido, típico das relações firmadas pelo Terceiro Setor, marcado por relações que orbitam entre o público e o privado, é frequentemente objeto de questionamentos e desconfiança, merecendo constante reflexão. Como repetidamente antecipado, a relação que nos interessa é a das “obrigações-meio” que se firmam com ME’s e EPP’s em um ambiente, em regra, estritamente privado. Os entes do Terceiro Setor, não podemos esquecer, são igualmente pessoas jurídicas de direito privado. Nestas bases, a princípio, não se justificaria qualquer diferença entre as partes, vez que ME’s, EPP’s e o Terceiro Setor estariam em pé de igualdade e em franco uso de sua autonomia privada.

Acontece que a questão não se desenvolve de maneira tão simples. O objeto dos contratos firmados entre os entes do Terceiro Setor e o poder público são de ordem pública e sua relevância é indiscutível. Além do mais, não se pode esquecer que na origem destas contratações está a transferência de recursos públicos, o uso de bens públicos e, eventualmente, a cessão de servidores públicos, não havendo como admitir a existência de uma gestão essencialmente privada ainda que a relação se instaure somente entre pessoas jurídicas de direito privado.

Exatamente por conta destas peculiaridades, imperativa a observância pelos entes do Terceiro Setor dos princípios que movem a Administração Pública, no que citamos: a moralidade, a transparência, a impessoalidade, a publicidade e a economicidade.

Em pronto respeito ao princípio da transparência e da máxima da publicidade, os entes do Terceiro Setor devem exteriorizar ao máximo todos os seus atos, no que se insere toda a sua sistemática de contratação. A fim de concretizar citadas máximas, tais entes devem respeito ao princípio licitatório, o que, se entenda bem, não significa estarem atrelados aos ditames da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93). O princípio licitatório se firmaria, portanto, pela elaboração e registro de um Regulamento Próprio, instrumento apto a descrever as etapas e regras das contratações. José Anacleto Abduch Santos (2007, p. 302), em excepcional trabalho realizado na obra *Terceiro Setor – Empresas e Estado – Novas fronteiras entre o Público e o Privado*, resume, nas linhas a seguir trasladadas, a exata medida destas afirmações:

As normas para a seleção prévia aos contratos a serem firmados pelo Terceiro Setor com o uso de recursos públicos devem ser estabelecidas em regulamentos próprios. **Estes regulamentos podem prever mecanismos simplificados e céleres de seleção**, contanto que tenham conteúdo compatível com os princípios aplicáveis a estas entidades responsáveis pelo uso do dinheiro público. **Não se exige, portanto, que os regulamentos próprios das entidades repitam as normas da lei das licitações. Dentro da moldura constitucional há espaço para inovações, sem que haja vinculação expressa a procedimentos formais da Lei n. 8666/93.** Este espaço criativo foi assegurado pelo legislador, eis que de outro modo teria feito constar taxativamente a aplicação da referida lei das licitações a estas entidades. A elaboração dos regulamentos próprios constitui conduta revestida de singular natureza e especificidade. A sua concepção será fruto de um processo de tensão dialética que assegure a celeridade e dinamicidade próprias do regime de direito privado, sem descurar dos valores e princípios fundamentais ao regime de direito público, em especial, neste caso, no tocante à gestão de recursos públicos, à busca da proposta mais vantajosa, e ao princípio da isonomia. (SANTOS, 2007, p. 302, grifo nosso).

Empreendendo um trabalho investigativo, optamos por um levantamento do processo de compras de três organizações sociais que possuem contratos de gestão com seus respectivos municípios para gestão de ações na área de saúde, em sendo: VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade (RJ), IABAS – Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde (RJ) e a Missão Sal da Terra (MG). Primeiramente (em maio/2013), foi feita uma investigação contrapondo as realidades do IABAS (RJ) com a Missão Sal da Terra (MG). Diante dos resultados diferentes, optou-se por um aprofundamento da pesquisa, a fim de buscar conclusões mais palpáveis, momento em que se contrapôs a realidade da Missão Sal da Terra (MG), com a VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade (RJ), em julho/2013.

Nesta medida, tendo por referência os sítios destas organizações na rede mundial de computadores (internet), partiu-se em busca de um primeiro referencial: a verificação do Regulamento de Compras destas organizações sociais, a fim de se examinar seu *modus operandi* em termos de contratação de bens, obras e serviços.

Foi possível verificar, por meio das respectivas páginas na rede mundial de computadores, a disponibilização dos Regulamentos de compras (Regulamento Próprio) por parte do IABAS (INSTITUTO DE ATENÇÃO

BÁSICA E AVANÇADA À SAÚDE , 2015) e da VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade (VIVA COMUNIDADE, 2012), não tendo encontrado a mesma disponibilidade no sítio da Missão Sal da Terra (MISSÃO SAL DA TERRA, 2015a).

O Regulamento de Compras de Contratação de Obras ou Serviços do IABAS prevê, em seu artigo 12, que a seleção de seus fornecedores será realizada pelas seguintes modalidades de procedimento de escolha: “I – Adesão de Atas de Registros de Preço; II – Cotação; III – Concorrência Simplificada e IV – Pregão Eletrônico”, não havendo naquele documento, qualquer menção específica às ME’s e EPP’s, existindo um tratamento generalizado de “empresas”.

O Regulamento de Compras de Contratação de Obras ou Serviços da VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade, por sua vez, prevê, em seu artigo 11, que a seleção de seus fornecedores será realizada por duas modalidades: “a) cotação de preços; b) Carta Consulta”. Existe também a possibilidade de realização de “Pregão” no caso de aquisição de bens e serviços comuns. Como acontece no caso do IABAS (RJ), não existe naquele documento, qualquer menção específica ao tratamento diferenciado dispensado a ME’s e EPP’s, havendo um tratamento generalizado de “fornecedor” ou “fornecedores”.

Ademais não ter sido possível o acesso ao Regulamento Próprio da Missão Sal da Terra, em seu sítio público é possível verificar alguns editais de seus procedimentos unificados de compra. No link *SAÚDE* (MISSÃO SAL DA TERRA, 2015b), é possível verificar a existência de algumas modalidades de compras (certamente legitimadas por seu Regulamento de Compras) que usam a mesma terminologia da Lei Geral de Licitações, quais sendo: Concorrência Pública, Tomada de Preços e Pregão Presencial.

De toda forma, julgamos oportuno um aprofundamento no processo de compras destas entidades, tendo por base, o que denominamos de “processos licitatórios simplificados”, donde foi possível notar: a Missão Sal da Terra (MG) possui uma cláusula que parece ser uma constante em seus editais que reafirma que “Não haverá qualquer ordem de privilégios entre as participantes, prevalecendo a estrita isonomia entre as mesmas” e ainda, não traz no corpo de seus instrumentos convocatórios qualquer menção ao tratamento diferenciado dado às ME’s e EPP’s, típico dos processos licitatórios firmados com o poder público; o IABAS (RJ), da mesma forma, não faz menção a qualquer princípio nem faz referência aos privilégios presentes na Lei

Complementar 123/2006; a VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade, por sua vez, se utilizando do site do Banco do Brasil (2013) para divulgar seus processos licitatórios, faz clara menção ao tratamento diferenciado dispensado não só a micro e pequenas empresas, mas também às cooperativas.

É certo que a Lei Complementar 123/2006, especialmente em seus artigos 42 a 49, veio para reforçar a intenção do Governo de utilizar o poder de compra das micro e pequenas empresas, fomentar o crescimento das economias locais, incentivar a competitividade, na medida em que permite a redução dos preços ofertados à Administração em seus processos licitatórios e isso se faz independente de menção nos respectivos instrumentos convocatórios, como norma de ordem pública, como comando constitucional dotado de plenitude. O espírito da lei prevalece ademais quaisquer especificidades normativas. Neste sentido, nos coadunamos com o entendimento do Tribunal de Contas (apesar da polêmica que cerca o assunto) que em seu Acórdão 702/2007 (BRASIL, 2007) afirma que a ausência de previsão editalícia não impede a aplicação dos benefícios previstos nos artigos 45 e 46 da LC 123/2006.

De toda forma, cumpre sempre voltarmos para a realidade ora objeto de estudo, lembrando que estamos vendo toda a questão do tratamento diferenciado de micro e pequenas empresas sob a ótica do Terceiro Setor e não do Poder Público. Os entes do Terceiro Setor não podem se pautar pelas mesmas regras dos entes com os quais realiza contratos para gerir serviços públicos de extirpe, sob pena de se transformarem em mais um braço deste ente público, em uma “Administração indireta accidental”. Seria preciso empreender um estudo mais aprofundado no sentido de acompanhar os motivos pelos quais os entes pesquisados optaram por não reforçar em seus processos licitatórios os privilégios de ME’s e EPP’s na busca pelo melhor preço, a fim de verificar se os mesmos não se valeriam do tratamento diferenciado no momento da realização de seus processos licitatórios, como questão de ordem pública e mandato constitucional pleno.

É certo que a VIVA Comunidade opta por seguir os ditames impostos pela Lei Complementar 123/2006, especialmente em seus artigos 42 a 49, que veio para reforçar a intenção do Governo de utilizar o poder de compra das micro e pequenas empresas, mas o que isto realmente significaria no universo que ora nos debruçamos? Agindo de forma a prever o tratamento diferenciado em seus procedimentos licitatórios simplificados, a VIVA Comunidade não estaria se fazendo confundir com a Administração Pública,

em uma relação que realmente é a única dotada de privilégios? O que podemos afirmar é que não há de se confundir os entes do Terceiro Setor parceiros dos entes públicos, com estes entes da Administração direta ou indireta, sob pena de se descaracterizar toda a sistemática que separa tais modelos.

Por outro lado, importa refletir se a Missão Sal da Terra (MG) não incorreria em alguma ilegalidade/inconstitucionalidade ante a ausência em seus processos licitatórios simplificados do tratamento diferenciado dispensado a micro e pequenas empresas. Entendemos, por sua vez, que não. Primeiro, porque entendemos que a Missão Sal da Terra, como organização social que é, ainda que prestadora de serviços públicos relevantes, não pode ser colocada em uma situação análoga a de Administração Pública. Além do mais, ainda que em interpretação equivocada se colocasse a Missão Sal da Terra como obrigada a seguir os ditames legais que privilegiam micro e pequenas empresas, ainda assim, não estaríamos diante de qualquer irregularidade visto que julgamos que o tratamento diferenciado dispensado àquelas empresas é uma norma de ordem pública, e como comando constitucional dotado de plenitude, prevalece ademais quaisquer especificidades editalícias.

De toda forma, vale ressaltar que não nos intriga a ausência de tratamento diferenciado dispensado a micro e pequenas empresas em processos licitatórios realizados pelos entes do Terceiro Setor, nos intriga os entes do Terceiro Setor não se utilizarem dos expedientes privilegiados na busca pelo melhor preço. Não vemos, a princípio, justificativa plausível para não se utilizarem de tratamento que poderia os fazer cumprir o princípio da economicidade, o qual devem respeito. Por conta disto, fica a dúvida: será que realmente o tratamento diferenciado presente nos rituais licitatórios realizados pelos entes do Terceiro Setor serviriam à realização do princípio da economicidade e na busca pela melhor preço ou seriam verdadeiro impeditivo para sua obtenção? Certamente que estudos mais aprofundados merecem ser realizados.

De toda forma, é fato consumado, que um simples passar de olhos pelo mundo de compras e serviços² dos entes que balizaram estas investigações é

² Análise pautada nos dados de extratos de contratos do IABAS/ RJ em <http://iabas.net/compras/editais-encerrados/>, nos extratos de contratos da Missão Sal da Terra/MG em (MISSÃO SAL DA TERRA, 2015b) e no item “consultar atas” do site do Banco do Brasil, responsável pelos certames da VIVA Comunidade (BANCO DO BRASIL, 2013).

suficiente para concluir que seu universo de contratação é considerável, perpassando pelos mais diversos objetos contratuais (limpeza, fornecimento de refeições, vigilância, dentre outros). Verifica-se, conforme extratos dos contratos presentes nos sítios públicos respectivos, que é relativamente pequena a participação de micro e pequenas empresas no universo dos processos licitatórios simplificados realizados pelo IABAS (RJ) e pela VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade, sendo insignificante o número daquelas efetivamente contratadas. Mesmo na VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade, que explicitamente dispõe acerca do tratamento diferenciado dispensado a micro e pequenas empresas, a participação é acanhada (BANCO DO BRASIL, 2013), ocorrendo, muitas vezes, a desclassificação daquelas ao longo do processo licitatório³. Na Missão Sal da Terra (MG), que como o IABAS (RJ) não discrimina em seus processos licitatórios o tratamento diferenciado, a participação de micro e pequenas empresas é significativa e chega a ser maior do que as de outras formas societárias, inclusive nas formas de contratação direta, que se dão via processos de inexigibilidade e dispensa de licitação.

Difícil saber os reais motivos destas discrepâncias, se são diferentes as exigências do mercado mineiro para o mercado carioca, se o despreparo de micro e pequenas empresas para este tipo de licitação é maior em um ou outro Estado e se realmente a ausência de reforço do tratamento diferenciado que alcança micro e pequenas empresas teria alguma coisa correlação com estes resultados observados. Novos estudos certamente deverão ser empreendidos a fim de se ter base outras realidades, alargando o número de entes pesquisados e experiências comparadas, a fim de se buscar uma explicação ou mesmo um padrão para a omissão e a presença do tratamento diferenciado conferido a micro e pequenas empresas em processos licitatórios realizados pelo Terceiro Setor e se isto é capaz de trazer algum tipo de prejuízo aos mesmos.

De toda forma, podemos concluir preliminarmente que, na prática, ficam claras como são intrincadas as relações entre Primeiro, Segundo e Terceiro Setor e, de fato, a diferenciação entre tais setores se dá mais a nível conceitual do que real. O econômico, o social e o estatal estão em uma relação mais próxima e interligada do que qualquer diferenciação que as possa afastar.

³ Análise pautada no item “consultar atas” do site do Banco do Brasil, responsável pelos certames da VIVA Comunidade (BANCO DO BRASIL, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte representam a força de um Brasil empreendedor. Os privilégios e prerrogativas presentes na legislação complementar, nada mais são que uma resposta aos mandamentos constitucionais que reconhecem a necessidade de construir caminhos para a efetivação do empreendedorismo no país.

A reflexão presente neste estudo pretendeu acompanhar a realidade das ME's e EPP's, especialmente no universo de seus privilégios e prerrogativas, tendo por referência as obrigações firmadas na dinâmica de contratações instituídas com o dito *Terceiro Setor*. Invariavelmente objeto de críticas, o Terceiro Setor tem o constante desafio de demonstrar ao que veio, que não se trata apenas de um modelo pela metade, que orbita entre o público e o privado, sem quaisquer restrições. De fato, esta hibridez do regime causa insegurança principalmente entre aqueles que contratam com os entes do Terceiro Setor e promovem situações de completo “limbo”, palco para irregularidades e para a ocorrência de um “Direito mais ou menos” (LUDWIG, 2002, p. 67). Quando enfrentam processos licitatórios que aqui denominamos de *simplificados* (somente para se contrapor aos processos licitatórios realizados pelo Poder Público), que tem uma dinâmica toda própria, as ME's e EPP's sentem na pele a incerteza causada por este regime de hibridez.

A abordagem investigativa empreendida, comparando as realidades de três organizações sociais que tem contrato de gestão na área da saúde, respectivamente com o Município de Uberlândia, Estado de Minas Gerais (Missão Sal da Terra) e o Estado do Rio de Janeiro (IABAS e VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade) e as contratações firmadas com ME's e EPP's, algumas conclusões pontuais se fazem necessárias: 1) não existe nos Regulamentos Próprios de compras e prestação de serviço de tais entes, a menção a qualquer tratamento privilegiado dispensado às micro e pequenas empresas; 2) A Missão Sal da Terra (MG) e o IABAS (RJ), em seus editais de compras e aquisição de bens ou serviços não privilegiam ME's e EPP's, enquanto a VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade (RJ) é clara em seus processos ao firmar “Tratamento aplicado: com tratamento diferenciado para ME/EPP/COOP”; 3) No âmbito de compras e contratações geridas pela Missão Sal da Terra, a participação de micro e pequenas empresas é maior do que na VIVA RIO SAÚDE – VIVA Comunidade e o IABAS (RJ); 4) Reflexões mais amplas acerca deste tema se fazem compulsórias, tendo por referência outras organizações sociais, na medida em que a amostragem ainda

é muito pequena para alguma conclusão que venha a se firmar pela utilidade da sistemática de tratamento favorecido dado a micro e pequenas empresas no que se refere a seu relacionamento com o Terceiro Setor.

REFERÊNCIAS

BANCO DO BRASIL. **Licitações**. Disponível em: <<http://www.licitacoes-e.com.br/aop/consultar-detalhes-licitacao.aop>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

_____. Tribunal de Contas da União. **Ata nº 12, de 17 de abril de 2007**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2046216.PDF>>. Acesso em: 22 maio 2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor: um estudo comparado entre o Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: SENAC, 2003.

FERNANDES, Rubens C. **Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rêlume Dumará, 1994.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

INSTITUTO DE ATENÇÃO BÁSICA E AVANÇADA À SAÚDE. **Regulamento de compras e contratação de obras e serviços**. Disponível em: <http://www.iabas.org.br/IABAS-V0/licitacao/regulamento_de_compras_iabas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

IOSCHPE, Evelyn Berg. **3º setor**: desenvolvimento sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

MISSÃO SAL DA TERRA. Disponível em: <<http://www.missaosaldaterra.org.br/index.php#>>. Acesso em: 11 maio 2015a.

_____. **Saúde**. Disponível em: <<http://www.missaosaldaterra.org.br/index.php?pg=saude&id=31#>>. Acesso em 11 maio 2015b.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado e do direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito do terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIMENTA, Solange Maria; SARAIVA, Luiz Alex Silva; CORRÊA, Maria Laetitia. **Terceiro setor**: dilemas e polêmicas. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do terceiro setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º setor**: desenvolvimento sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

SALAMON, Lester; ANHEIER, Helmut. **The emerging sector: an overview**. Baltimore: Manchester University Pres, 1994.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro setor: empresas e estado – novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VIVA COMUNIDADE. **Regulamento para aquisição de bens e contratação de obras, serviços e locações**. Rio de Janeiro, 1 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.vivacomunidade.org.br/wp-content/arquivos/licitacao/regulamento_compras_servicos.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

Submetido em: 12/04/2013

Aprovado em: 25/10/2013

Como citar: MIRANDA, Napoleão; SILVA, Daniela Juliano. **Micro e pequenas empresas contratadas do terceiro setor contratante de obras e serviços públicos**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.185-204, jun.2015.

RESENHAS / REVIEWS

GODOY, Edvania Fátima Fontes; KEMPFER, Marlene. Planos econômicos de estabilização nacional: uma análise sob o enfoque da responsabilidade extracontratual do estado e da segurança jurídica. *Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.2, p.75-106, dez.2013.

A responsabilidade civil do estado por planos econômicos

CIVIL LIABILITY OF STATE FOR ECONOMIC PLANS

* Marlon Roberth Sales

A pesquisa desenvolvida pelas autoras tem como objetivo demonstrar a responsabilidade civil do Estado por adoção de planos econômicos que possam gerar danos ao setor privado, desse modo, o Estado no planejamento econômico dever ter a máxima cautela para não gerar danos a economia.

Para demonstrar a responsabilidade civil do Estado em decorrência da adoção de planos econômicos as autoras trabalharam com os planos adotados no Brasil desde 1986 a 1994, haja vista serem os que mais importâncias angariaram e os que mais interviram no domínio econômico, ademais devido ao seu caráter imperativo.

Destarte, trarão à baila o Plano Cruzado, o Plano Bresser, o Plano Verão, o Plano Collor e o Plano Real, porquanto eles têm em comum o fato de buscar a estabilização econômica nacional. Salvo o plano real os demais interferiam de maneira exacerbada sobre o domínio econômico, por exemplo, tabelamento e estabilização de preços, congelamento de tarifas e até confisco de poupança.

O que a pesquisa busca demonstrar é que os planos, embora buscassem a estabilização econômica eles não conseguia atingir tal desiderato, ao revés agravavam a situação econômica já debilitada, haja vista trazer enormes prejuízos para o setor privado.

Destarte, a pesquisa corrobora para demonstrar que os planos econômicos eram imperativos, ou seja, não cabia aos particulares a faculdade de escolher segui-los, uma vez que o Estado impôs as medidas de cima para baixo.

* Mestrando em Direito Negocial Universidade Estadual de Londrina - Bolsista CAPES. E-mail: marlon_roberth@hotmail.com

Nesse contexto de planos imperativos que buscavam a estabilização econômica, mas que fracassaram a pergunta que surge é: há responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos causados a terceiros pela adoção de planos imperativos?

No segundo momento da pesquisa essa é a pergunta que as pesquisadoras buscam responder. Para isso afirmam ser os planos econômicos dotados de uma certa juridicidade e assim, o Estado tem o dever de indenizar pelos danos decorrentes dos planos, para chegar a essa conclusão o trabalho adota a classificação de Almiro do Couto e Silva (2004b, p. 135-136) ao tratar do tema em trabalho intitulado “Problemas Jurídicos do Planejamento, apresentando três classificações: i) planos indicativos; ii) planos incitativos; e iii) planos imperativos,

Os Planos Indicativos constituem-se em planos onde não há obrigatoriedade para os administrados, isto é, o Estado apenas indica a direção, mas sem obrigar o particular que tem a faculdade de segui-la ou não. Por sua vez, os incitativos têm por escopo alcançar o engajamento da iniciativa privada para consecução de seus interesses, por isso, o Estado nesse modelo pode adotar formas de incentivo. Por fim, quanto os imperativos os particulares são obrigados a acatar as ordens do Estado não há espaço para escolha.

Desse modo, defende-se a responsabilidade do estado nos planos incitativos e imperativos, e nos indicativos caso o Estado consiga gerar expectativas e após romper com a boa-fé dos particulares.

No terceiro momento da pesquisa busca demonstrar que o Estado ao tentar cumprir com seu desiderato, isto é, o bem estar da coletividade pode gerar danos a terceiros. Destarte, embora o Estado vise cumprir um interesse público não pode se esquivar de indenizar um particular quando esse interesse público violar direito individual. Assim, para as autoras a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado da forma como hoje é conhecida na Constituição de 1986. art. 37, § 6º: adotou a teoria do risco administrativo, de modo que mesmo em caso de adoção de atos lícito o Estado responde caso haja prejuízo ao particular. Assim, exige-se somente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da Administração.

Partindo-se desse quadro, referindo-se aos planos econômicos, se houver a adesão dos particulares nos planos não há como eximir o Estado de sua responsabilidade, mesmo nos casos de atos advindo de mudança de planos de forma lícita, porquanto os governantes devem ter a devida cautela para conciliar os interesses coletivos com os da iniciativa privada.

O fundamento segundo a pesquisa para a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado por dano decorrente de planos econômicos pauta-se na violação de deveres cogentes do Estado, dos quais podem ser citados, a segurança jurídica, a boa-fé e a confiança, uma vez que segundo as autoras os particulares ao aderir um plano ou mesmo ao ser obrigado a aderir faz pela razão de que os planos possuem certa juridicidade, ademais, aderem pelo princípio da confiança e da boa-fé, assim, os prejuízos decorrentes do desrespeito aos princípios basilares da constituição econômica (art. 170 CF/88), permitem discutir a responsabilização do Estado nos termos do art. 37, § 6º da CF/88.

Resenha recebida em: 02/12/2014

Aprovado para publicação em: 10/02/2015

Como citar: SALES, Marlon Roberth. **A responsabilidade civil do estado por planos econômicos.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.205-207, jun.2015.

SOTO, Hernando de. **O Mistério do Capital**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. Cap. 6, p. 179-239.

O mistério do fracasso legal: por que a lei de propriedade não funciona fora do Ocidente

THE MYSTERY OF LEGAL FAILURE: WHY PROPERTY LAW DOES NOT WORK OUTSIDE THE WEST

* Isabela Cararo Lopes

Hernando de Soto se propõe a analisar no capítulo 6 os motivos pelos quais nos países em desenvolvimento e nos antes comunistas as leis de propriedade tendem a fracassar, não atingindo um grande número de pessoas, mantendo-as na extralegalidade.

Esses países têm tentado abrir seus sistemas de propriedade, porém continuam a fracassar por possuírem algumas ideias equivocadas, como: todos os que estão fora do sistema legal querem assim permanecer para evitar o pagamento de impostos; as posses extralegais não são regularizadas por falta de levantamento, mapeamento e registro; a decretação de leis é suficiente; os acordos sociais podem ser ignorados; é possível modificar a convicção das pessoas sem uma liderança política forte.

É preciso ter em mente que as pessoas preferem se manter no sistema extralegal porque as leis não alcançam suas necessidades. Soto explica, que a clandestinidade não é isenta de custos. É por isso que para garantir uma adesão ao sistema legal, é preciso que se garanta que os custos serão menores que os da extralegalidade.

Como justificativa dessa afirmação, Soto exemplifica essa adesão com uma operação realizada no Peru que tinha como objetivo conduzir os pequenos empresários extralegais ao sistema legal de propriedade. A equipe do autor providenciou novos cartórios e sem que fosse necessário prometer uma redução de impostos, cerca de 276.000 empresários registraram suas empresas. Isso só ocorreu porque os menores custos foram garantidos, inclusive os custos burocráticos de se abrir um negócio.

* Graduada em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: isabela_lopes@hotmail.com

Soto explica que existem custos dentro e fora da redoma de vidro, ou seja, na legalidade e na extralegalidade, o que determina a permanência do lado de fora, portanto, é o custo para se legalizar.

Também não é correto imaginar que os bens não podem ser registrados sem o auxílio de tecnologia de última geração, os europeus e os norte-americanos, por exemplo, o fizeram muito antes dos sistemas de informática.

Assim, o que impede mais pessoas de adentrarem à redoma de vidro é um sistema legal e administrativo ruim. É por isso que a lei deve compreender as crenças, os desejos e as regras que estão incorporados nos contratos sociais, para então transformá-los em um contrato formal nacional.

O autor confessa que fazer a transição das práticas extralegais para um sistema legal não é tarefa simples, mas foi o que as nações do Ocidente fizeram há um tempo e que possibilitou a passagem de um sistema pré-capitalista para um corpo sistematizado de leis.

É preciso fundamentar a lei no contrato social. Soto relembra que Kant já dizia que um contrato social deve preceder à posse real. Quando um grupo de pessoas apoia uma convenção em particular, as leis de propriedade totalmente desconexas com a realidade têm fadado ao fracasso, pois não possuem legitimidade.

Assim, os habitantes do exterior da redoma de vidro já estão relativamente organizados, cabendo ao governo descobrir como esses acordos funcionam, procurando meios de integrá-los ao sistema formal. É preciso entrar em contato com aqueles que vivem e trabalham sob a proteção do sistema extralegal, é preciso ir a campo e entrar em contato com as autoridades legais e extralegais locais.

Para que haja essa aproximação, Soto entende que é preciso adotar o ponto de vista dos pobres, que são o grupo que mais se beneficiará com a globalização do capitalismo.

Depois dessa etapa, as elites também devem ser convencidas dos benefícios da retirada da redoma de vidro, o que possibilitará que apoiem a reforma pelos benefícios econômicos e não somente por patriotismo e altruísmo.

Com o apoio dos pobres e da elite, é preciso lidar com o que Soto denomina como “guardiães da redoma de vidro”, ou seja, os advogados e os técnicos. Para o autor, os advogados são importantes por fixarem os conceitos de propriedade. Por isso, qualquer governo disposto a integrar os sistemas, deverá contar com profissionais dispostos a encontrar uma forma legal para a reforma.

Da mesma forma, os técnicos devem se preocupar menos com a modernização dos sistemas de propriedade e mais com a exploração dos benefícios do sistema legal.

Soto conclui dizendo que criar um sistema de propriedade acessível aos que estão dentro e fora da redoma de vidro é um desafio político, que está na mão de pessoas que devem compreender que o desafio não é criar uma legislação elegante sobre o assunto, mas sim mecanismos que possibilitem que o capital esteja nas mãos de toda a nação.

Resenha recebida em: 04/12/2014

Aprovado para publicação em: 15/02/2015

Como citar: LOPES, Isabela Cararo. **O mistério do fracasso legal: por que a lei de propriedade não funciona fora do Ocidente.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.1, p.208-210, jun.2015.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser originais, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro periódico ou coletânea no país. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- Primeira etapa: seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- Segunda etapa: parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo). 1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos.

Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; Abstract; Key word; Introdução; Desenvolvimento; conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

3. Forma de apresentação dos artigos

3.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

3.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

3.2.1. Folha de rosto despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português.

3.2.2. Folha de rosto personalizada contendo:

- Título em inglês
 - Título em português
 - Nome de cada autor, seguido por afiliação institucional e titulação por ocasião da submissão do trabalho.
 - Indicação do endereço completo da preferência do autor para constar na publicação do texto e para o envio de correspondência. O endereço eletrônico deve também ser inserido.
 - Indicação do endereço para correspondência com o editor sobre a tramitação do artigo, incluindo fax, telefone e endereço eletrônico.
 - Se necessário, indicação de atualização de afiliação institucional.
-

- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

3.2.3. Folha contendo Resumo (máximo de 100 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e Palavras-chave (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico.

3.2.4. Folha contendo Abstract e Key word, em inglês, compatível com o texto em português. O Abstract deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de Key word, compatíveis com as palavras-chave.

3.2.5 Textos propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se o sistema autor-data. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse pro labore ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canutilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82), ...

- Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada

referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Remover e Dinamarca (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 2 (dois) espaços. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome dá o bar (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em

Tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

3.2.6 Referências (NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências - Elaboração

/ Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

3.2.6.1 Referências dos documentos consultados. Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

4. Direitos Autorais

4.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

4.2. Reprodução parcial de outras publicações

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

5. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.

Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word, Open Office ou RTF (desde que não ultrapassem 2MB)

Orles para as referências foram informadas quando necessário.

O texto está em espaço 1,5; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento, como anexos.

O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.

A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.

O texto possui abstract e keyboards.

Declaração de Direito Autoral

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos pub ligados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
