

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



Universidade Estadual
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.20, N.1 - abr.2016



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: Prof. Dr. Miguel Etinger de Araujo Junior

Vice-Coordenador: Prof^ª. Dr^ª. 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 quadrimestral a partir de 2016.

Descrição baseada em: Vol. 20, N. 1 (Jan./Abr. 2016).

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).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



UNIVERSIDADE ESTADUAL
de LONDRINA

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.20, N.1 - abr.2016

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz

Titulares:

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 Otávio Pimental (UFSC/SC)
Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Bruna Ontivero Pereira, Eliane Maria da Silva Jovanovich, Glaucia Cardoso Teixeira Torres, Isabela Cristina Sabo, João Ricardo de Oliveira Pavon Filho, Laudicena de Fátima Ribeiro, Marcilei Gorini Pivato, Rafael Duarte de Salvi

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (UFRJ/RJ)
Carlos Nelson de Paula Konder (UERJ/RJ)
Claudia Aguiar Silva Britto (UFF/RJ)
Daiane Moura de Aguiar (UNISINOS/RS)
Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann (UNIRIO/RJ)
Eloi Martins Senhoras (UFRR/RR)
Fernando de Brito Alves (UENP/PR)
Irene Patrícia Nohara (UNINOVE/SP)
Jair Teixeira dos Reis (FSG/ES)
Jamile Gonçalves Calissi (FIJ/SP)
Jayme Benvenuto Lima Junior (UNILA/PR)

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (FIAETPP/SP)
José Soares Filho (UNICAP/PE)
Márcio Ricardo Staffen (IMED/RS)
Mateus de Oliveira Fornasier (UNIJUÍ/RS)
Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ/RJ)
Stefania Eugenia Francesca Barichello (University of London/UK)
Thais Bernardes Maganhini (UNIR/RO)
Welber de Oliveira Barral (UFSC/SC)
William Santos Ferreira (PUCSP/SP)

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>

Sumário | Contents

Editorial	8
A FAVOR DAS RELAÇÕES ECONÔMICO-NEGOCIAIS: O PRINCÍPIO DO <i>FAVOR NEGOTII</i> NO CÓDIGO CIVIL	10
IN FAVOR OF ECONOMIC AND BUSINESS RELATIONS: THE PRINCIPLE OF <i>FAVOR NEGOTII</i> IN CIVIL CODE	
<i>Gilberto Fachetti Silvestre e Francisco Vieira Lima Neto</i>	
A REESTRUTURAÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA ARGENTINA FACE AO DIREITO DE IMUNIDADE DO ESTADO ESTRANGEIRO	42
SOVEREIGN IMMUNITIES AND ARGENTINA'S DEBT RESTRUCTURING PROCESS	
<i>Fernanda Araújo Kallás e Caetano Bruno Wanderley Júnior</i>	
CRIMES INFORMÁTICOS: POSSIBILIDADES DE CONSTRUÇÃO DE UM MODELO NORMATIVO DE GOVERNANÇA DO CIBERESPAÇO	59
CYBERCRIMES: POSSIBILITIES ON BUILDING A NORMATIVE MODEL OF CYBERSPACE GOVERNANCE	
<i>Salete Oro Boff e Vinicius Borges Fortes</i>	
MINHA CASA, MINHA VIDA: EXTENSÃO DO DIREITO À MORADIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	79
MINHA CASA, MINHA VIDA: THE EXTENSION OF THE RIGHT TO HOUSING AND CONSTITUTIONAL PROTECTION	
<i>Guilherme Domingos de Luca e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior</i>	
AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO	102
CONSTITUTIONAL GAPS AND THE LAW AS INTEGRITY: ANALYSIS OF A CASE	
<i>Bruno Amaro Lacerda e Juliana Martins de Sá Müller</i>	
FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NA DINÂMICA DA SOCIEDADE DE CONSUMO	119
COMPANIES SOCIAL AND SOLIDARITY DUTIES IN A CONSUMERISTIC SOCIETY	
<i>Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello</i>	

O PACTO GLOBAL E A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL: POSITIVAÇÃO E EFETIVIDADE DAS DIRETRIZES E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	144
THE GLOBAL PACT AND CORPORATE SUSTAINABILITY: POSITIVATION, EFFECTIVENESS OF GUIDELINES, AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM	

Henrico César Tamiozzo e Marlene Kempfer

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO À LUZ DA TEORIA CONTEMPORÂNEA DO INADIMPLEMENTO.....	166
CONTRACTUAL LIABILITY AND THE CLAUSE OF REDUCTION OF THE IMNDENITY IN LIGHT OF THE CONTEMPORARY THEORY OF DEFAULT	

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Nathalia Nunes Ponteli

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES E A NÃO DISCRIMINAÇÃO AO MIGRANTE NA UNIÃO EUROPEIA: DIGRESSÕES ACERCA DA FRATERNIDADE E DO RECONHECIMENTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	195
THE FREE MOVEMENT OF WORKERS AND THE NON-DISCRIMINATION OF MIGRANTS IN THE EUROPEAN UNION – DIGRESSIONS ABOUT FRATERNITY AND RECOGNITION IN LABOR RELATIONS	

Rodrigo Coimbra e Ellara Valentini Wittckind

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DOS BENS IMÓVEIS	221
AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE CHATTEL MORTGAGE ON IMMOVABLE PROPERTIES	

Ted Luiz Rocha Pontes e Unie Caminha

RESENHAS / REVIEWS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DO PLANEJAMENTO	249
STATE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES FROM THE PLANNING	

Glauca Cardoso Teixeira Torres

A DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZAS.....	252
DISTRIBUTION OF WEALTH	

Marcilei Gorini Pivato

INSTRUÇÕES AOS AUTORES	256
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

É com imensa satisfação que a Revista Scientia Iuris anuncia aos nossos leitores e colaboradores que o volume 20 deste ano contará com mais uma edição. Isso significa que a partir de 2016 inauguramos a periodicidade quadrimestral da revista.

Com a mesma qualidade pela qual é conhecida, a edição nº 01 deste volume traz valiosas contribuições dos autores sobre os mais variados assuntos do Direito. Neste número os artigos científicos versam sobre direito econômico, constitucional, internacional, relações empresariais, sustentabilidade, responsabilidade civil, direito eletrônico, além de inúmeros outros assuntos de relevância jurídica.

São temas novos e desafiantes que incentivam a pesquisa e auxiliam os operadores do direito a desvendarem o intrincado mundo jurídico ao qual estamos expostos em uma sociedade contemporânea, marcada pela informação, tecnologia e globalização.

Agradecemos aos autores e colaboradores que com muita dedicação e compromisso contribuíram para mais esta edição, além da valiosa participação do corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito Negocial e funcionários da BC/UEL.

Com esta nova publicação, comemoramos a ampliação de nossas edições e convidamos aos leitores a mergulharem neste número que propiciará inúmeras reflexões sobre o direito, disseminando o conhecimento.

Uma ótima leitura a todos!
Conselho Editorial

A FAVOR DAS RELAÇÕES ECONÔMICO-NEGOCIAIS: O PRINCÍPIO DO *FAVOR NEGOTII* NO CÓDIGO CIVIL

IN FAVOR OF ECONOMIC AND BUSINESS
RELATIONS: THE PRINCIPLE OF FAVOR
NEGOTII IN CIVIL CODE

* Gilberto Fachetti Silvestre

** Francisco Vieira Lima Neto

* Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

** Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: limaneto@terra.com.br.

Resumo: Procura caracterizar o princípio da conservação dos atos jurídicos como orientação axiológica da teoria do negócio jurídico, tratando as nulidades como uma exceção no direito das relações econômicas. Para tanto, busca inter-relacionar a conservação com os princípios gerais do Código Civil (socialidade, eticidade e operabilidade) e com os princípios institucionais da relação obrigatória (autonomia privada, boa-fé e função social). Trata-se de uma oportunidade de questionar se realmente o negócio jurídico, como categoria jurídica, é um conceito em crise.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Princípio da conservação. Nulidades.

Abstract: This paper analyzes the principle of favor negotii and characterizes it as an axiological route of the general theory of juristic acts, nullities are, therefore, treated as an exception to the law of economic relations. This paper seeks to interrelate the principle of conservation of legal acts with the general principles of the Brazilian Civil Code (sociality, morality and operability) and the institutional principles of legal transactions (private autonomy, good-faith and social function). Thus, this paper seeks to question if legal transactions, as a legal category, is a concept that is in crisis.

Keywords: Legal business. Principle of conservation of legal acts. Nullities.

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NETO, Francisco Vieira Lima. A favor das relações econômico-negociais: o princípio do favor negotii no código civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 10-41, abr. 2016. DOI: 110.5433/2178-8189.2016v20n1p10. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

Esse artigo pretende, além de dar sua contribuição científica para a teoria do negócio jurídico, fazer uma remissão à tradição civilística e pandectística para demonstrar que problemas inerentes às operações econômicas de hoje podem ser resolvidos com ideias de longa data que bebem em fontes romanas suas origens. É o caso do *favor negotii*, princípio que não tem função meramente hermenêutica, senão de aplicação prática capaz de solucionar o problema da invalidade do negócio que não atende aos requisitos legais.

É que hoje a teoria das nulidades passa por uma revisão, de modo a mitigar seus efeitos desvinculadores entre as partes. Por mais contrário à lei que um ato esteja, ele expressa a vontade dos sujeitos negociantes, é objeto de legítimas expectativas e cumpre uma função socioeconômica. A conservação do negócio oferece instrumentos que indenizam as referidas contrariedades e permitem que o negócio produza efeitos, no todo em parte. É como se ele fosse a “tábua de salvação” do negócio que naufraga porque não atende aos requisitos de validade do negócio.

Esse trabalho procede a uma análise dogmática do princípio, partindo do Direito Romano e chegando à sua idealização contemporânea. Também objetiva focar nos valores que realiza, a começar pela função social do negócio jurídico. E por fim verifica como os tribunais incorporaram o instituto a julgados. E porque abordar esse tema? Qual sua importância e relevância para o debate jurídico em torno das relações econômicas contemporâneas?

Aquele negócio relegado ao nada por causa da nulidade tem a oportunidade de ser algo; tem a oportunidade de cumprir uma função socioeconômica que traga algum benefício não apenas para a esfera individual das partes, mas também para o desenvolvimento social. E, não menos importante, confirmar as legítimas expectativas das partes, para que o negócio cumpra – ainda que parcialmente – com seus objetivos e a finalidade individual a que se destina. Tem-se, então, que:

- Importância do tema: preservação das legítimas expectativas criadas pelas partes de boa-fé; e
- Relevância no debate jurídico: garantir a produção de efeitos econômicos e o desenvolvimento social.

Esses são os pressupostos que se pretende desenvolver nesse trabalho a partir da análise do *favor negotii*. O poeta português José Jorge Letria escreve

no seu poema *Um pouco mais de nós* alguns versos que demonstram os valores “tudo” e “nada” dependem da importância que damos, do quanto o algo é “único” para nós (2001, p. 10):

E, afinal, tudo isso quanto vale?
Vale o nada que é tudo
sempre que damos de nós
o que, sendo acto amor, ganha voz
e se torna eterno por ser único e total.

Assim é a conservação: o instrumento jurídico que garante que o “nada” (negócio nulo) possa cumprir seu papel para os quais ele é “tudo”. É melhor que se garanta o nada quando ele propicia um pouco do tudo. É nesse sentido que a conservação do inválido, sempre que possível, garante que o negócio cumpra sua função social.

1 O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A nulidade do negócio jurídico – considerada na perspectiva da ineficácia *lato sensu* dos atos jurídicos – segue a orientação estabelecida pelo princípio do *favor negotii* ou da conservação. A ideia desse princípio é basicamente direcionada a evitar, dentro do máximo possível, que o negócio maculado por um defeito deixe de produzir os efeitos (ou alguns efeitos) pretendidos pelas partes. É direcionado ao legislador e ao juiz, pautando suas atividades para que tenham em mira, sempre que possível, uma maneira ou mecanismo jurídico que permita ao negócio produzir alguma eficácia. Por tal razão, segundo Kliemann (2006, p. 04) pode-se afirmar que o legislador de 2002 considera o desfazimento do negócio por invalidade uma excepcionalidade, porque o propósito primeiro é a preservação do vínculo obrigacional.

Segundo Vieira Neto (1977, p. 306), “há conservação quando o ato é eficaz, mas a eficácia está periclitante, como no caso de excessiva onerosidade. Ao juiz é dado rever o negócio jurídico, para que a eficácia se conserve, no todo ou pelo menos em parte”.

O princípio da conservação permite a manutenção do vínculo relacional/ obrigacional a partir de uma adequação do negócio a uma nova realidade; há

uma reconsideração de alguns aspectos da estrutura negocial que possibilita ao ato sua validade. Seu âmbito de aplicação ocorre quando da verificação de uma nulidade (relativa ou absoluta, dependendo da gravidade do vício que atinge o negócio), cuja consequência jurídica de tal valoração (negativa) conduz à invalidade do negócio jurídico. Trata-se, na verdade, de um mecanismo a serviço do sistema para evitar, no possível, a nulidade dos negócios ineficazes *lato sensu*. Então, percebe-se que a essência do princípio é justamente conservar a vontade manifestada pelas partes para que ela possa produzir os efeitos práticos que pretendiam os celebrantes, uma vez que a autonomia privada – cuja manifestação de vontade é capaz de criar regras nas esferas individuais dos sujeitos – apresenta-se como algo de significativa importância jurídica.

Destaca Schmiedel (1985, p. 41) que a ideia essencial contida no princípio diz respeito à salvaguarda do negócio jurídico a partir do aproveitamento do mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia, com a supressão do defeito; afasta-se, com isso, a sanção de nulidade, permitindo-se que o negócio produza os efeitos pretendidos, ou pelo menos alguns deles. É esse o sentido atribuído por Azevedo (2002, p. 66):

Por ele [princípio da conservação], tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.

Mas, qual o sentido que a ordem jurídica intentou dar à conservação do negócio? Ou, em outras palavras, por que conservar? A resposta, então, parte do seguinte raciocínio: tendo em vista que a ineficácia *lato sensu* do negócio pode ser nociva não só para as partes, mas também para toda a ordem social, o ordenamento jurídico opta por garantir e reforçar o vínculo relacional que une as partes, permitindo assim que se alcancem os efeitos práticos por elas pretendidos, uma vez que a repercussão de tais efeitos – dentro da perspectiva da nova orientação social do negócio jurídico – não é só na esfera individual dos contraentes, mas também em toda a sociedade. Isso porque o negócio deve ser visto como ele é, e não como ele surge (AZEVEDO, 2002, p. 15); e o negócio

nada mais é que um instrumento jurídico de circulação de bens e serviços, de realização e de auto-regramento (autonomia privada) dos indivíduos. Esses fatores lhe conferem uma importância tão grande da qual se infere que “o negócio não é [...] propriamente o ato de vontade de alguém, mas, sim, o que a sociedade vê como sendo o ato de vontade de alguém” (AZEVEDO, 2004, p. 131).

Nesse mesmo sentido há juristas doutrinando que a tendência em conservar a eficácia dos atos jurídicos tem caráter social e econômico. Schmiedel (1985, p. 42) é da opinião de que tal tendência se justifica a partir de um princípio geral do Direito, o da economia dos valores jurídicos. E não poderia ser diferente: as relações jurídicas tornam-se tão complexas e interligadas na sociedade hodierna que a inexecução de um contrato pode prejudicar a execução de outros que a ele estão vinculados de alguma maneira. Para Kliemann (2006, p. 12):

O fundamento dessa restrição para o desfazimento do negócio jurídico está na assunção do fato de que, em uma sociedade complexa, os diferentes contratos firmados criam uma rede da qual resulta a total dependência entre os instrumentos, seja de forma direta ou indireta. Ou seja, assume-se como verdadeiro ser necessário o adimplemento de um contrato para que outro, que esteja de alguma forma vinculado a ele, também seja cumprido

Alonso (1976, p. 28) entende que a delimitação do alcance dos defeitos que viciam o negócio depende de uma interpretação adequada do negócio viciado, no sentido de permitir a produção de sua eficácia e limitar, ao mesmo tempo, as consequências jurídicas dos vícios que o afetam. É aí, então, que dois princípios interpretativos encontram um terreno de manifestação: o princípio da conservação e o princípio do *favor negotii* – este último deriva do princípio da boa-fé objetiva e conduz à ampliação do campo de efetividade do negócio jurídico.

Os ensinamentos de José Luis de los Mozos que tratam de relacionar a conversão do negócio jurídico como aplicação do princípio da conservação podem ser divididos em dois momentos: num primeiro momento – na sua clássica monografia “*La conversión del negocio jurídico*” – ele considera que

à conversão deve se atribuir uma fundamentação objetiva, porque “sólo de este modo puede haber seguridad y eficacia en la aplicación del principio de la *conservación* de los valores jurídicos” (DE LOS MOZOS, 1959, p. 58); já em outra obra – *El negocio jurídico* – ele caracteriza o instituto como decorrência da aplicação do *favor negotii*: tanto a conversão formal e material, como a convalidação, “responden al principio del ‘*favor negotii*’, a la idea de salvar, en la medida de lo posible, la voluntad de las partes” (DE LOS MOZOS, 1987, p. 589).

As opiniões dos dois autores parecem, de início, contraditórias, dentro do que foi exposto por Eduardo Serrano Alonso, que tratou de separar conservação e *favor negotii* como princípios interpretativos diferentes. A verdade é que o objetivo de ambos os princípios se aproxima tanto que eles mais se diferenciam pelo fato de o *favor negotii* pertencer ao âmbito da boa-fé objetiva que por suas caracterizações jurídicas. Quer dizer: é muito mais relevante em sede de invalidade negocial a análise desses princípios naquilo que se aproximam – aliás, coincidem –, que naquilo que os distancia ou diferencia, que é tão tênue que nem se faz conveniente qualquer consideração nesse sentido. Tanto a conservação quanto o *favor negotii* caminham no sentido de salvar o intento prático das partes.

Bussatta (2006, p. 157), coloca o princípio da conservação e o favor negotii como sinonímias: “Essa tentativa de salvar o ato que de alguma forma encontra-se inquinado de vício é o que se chama princípio da conservação ou favor negotii”. Mattietto (2003, p. 347), ao se ocupar do princípio ora estudado, ensina que:

O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja possível, em um autêntico *favor contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário.

O que importa no âmbito desse princípio da conservação não é sua concepção ou aceção, mas sua teleologia.

Na prática, o princípio da conservação atua através de diversas medidas (que muitos chamam de “sanatórias”), dentre as quais destacam-se a conversão

do negócio jurídico (art. 170, CC/2002), a confirmação ou ratificação dos atos anuláveis (art. 172, CC/2002), a redução ou regra *utile per inutile non vitiatur* (art. 184, CC/2002) etc. Schmiedel (1985, p. 60), ensina que “As medidas sanatórias são instrumentos jurídicos destinados a salvaguardar a manifestação de vontade das partes, preservando-a da deficiência que inquinou o ato, tornando-o nulo ou anulável”.

Apesar da caracterização do princípio da conservação como norma inserida nos princípios gerais do Direito, nem por isso ele apresenta um caráter absoluto, encontrando dois limites básicos para sua aplicação, além de outros que dependerão do caso concreto: 1º) é da sua essência que deve ser conservado tudo que for *possível* do negócio jurídico, ou seja, deve ser afastado nos casos em que a lei nega às partes a possibilidade de criar regras concretas; e 2º) também deve atender aos interesses práticos manifestados pelos celebrantes.

No Código Civil o princípio da conservação está disperso em alguns dispositivos, cujos mais relevantes são:

- Art. 170 – consagra a conversão do negócio jurídico;
- Art. 144 – que estabelece que o erro não prejudica a validade do negócio se a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, oferecer-se para executá-la em conformidade com a vontade real do manifestante;
- Art. 157, § 2º – revisão do negócio anulável em caso de lesão, estendido ao estado de perigo;
- Art. 172 – que regulamenta a confirmação do negócio anulável;
- Art. 184 – que contém a regra *utile per inutile non vitiatur* ou redução do negócio jurídico;
- Arts. 317 e 479 – que garante que a resolução por onerosidade excessiva do contrato poderá ser evitada oferecendo-se ao réu a possibilidade de modificação equitativa das condições do contrato.

2 CONSERVAÇÃO, CONVALIDAÇÃO E CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Uma possibilidade de análise do princípio da conservação encontra-se na seara jurídica da chamada convalidação do negócio jurídico. Segundo Vieira Neto (1977, p. 128-129) o termo comporta vários sentidos: ora significa remédio contra os vícios dos atos (é como define Carnelutti); ora significa a

ratificação ou confirmação do negócio anulável, e pode ser expressa ou tácita (é o sentido dado por Carlon Furno); e, de forma mais ampla, significa tanto o restabelecimento como a conservação da eficácia do ato jurídico. Daí percebe-se a íntima relação que existe entre a convalidação e o princípio da conservação, porque este também tem aplicação na esfera das anulabilidades, cuja medida oferecida pelo sistema jurídico brasileiro (art. 172 do CC) para a produção dos efeitos práticos perseguidos pelas partes é justamente a convalidação (no sentido de confirmação).

Alonso (1976, p. 20) define convalidação como:

[...] aquella situación en virtud de la cual y por obra de un hecho, un negocio que hasta entonces era ineficaz comienza a producir sus efectos jurídicos como si no hubiese estado viciado, o también, se la puede definir desde otro punto de vista como la desaparición de la acción de impugnación, la cual quiere decir que en puridad de principios la convalidación no elimina el vicio que afectaba al negocio, sino que simplemente elimina la posibilidad de hacerlo valer.

Albaladejo (1958, p. 417-418), faz coro à corrente doutrinária que entende ser a convalidação “la desaparición de la impugnabilidad”, com a ressalva de que “la convalidación no elimina la causa de impugnabilidad, sino sólo sus efectos: es decir, exclusivamente la impugnabilidad misma”. Ferri (1986, p. 22-23) destaca que, sobre a “convalida del negozio annullabile” verificam-se duas posições doutrinárias: uma primeira que atribui à convalidação o efeito de sanar [“sanare”, “guarire”, “rinvigorire”, “integrare”] o contrato anulável, de maneira que seus efeitos seriam retroativos; para outra parte da doutrina, o instituto importaria na renúncia à ação de anulação, na qual não há que se falar em retroatividade. E conclui: “a me pare che si debba aderire a qualla che vede nella convalida una perdita dell’azione di annullamento”.

A doutrina aponta que as medidas de convalidação podem ser reduzidas a dois grupos: a) convalidação *ex voluntate*: que depende da vontade do sujeito negocial, como no caso de confirmação (art. 172), de execução voluntária (art. 175) e de redução (art. 184); e b) convalidação *ex lege*: porque determinada pela lei, como no caso da prescrição sanatória e da perda da coisa.

Para a compreensão da conversão do negócio jurídico a análise da noção

de convalidação – mesmo em seu sentido amplo de conservação da eficácia do negócio – não tem nenhuma relevância, porque a conversão é medida que vai de encontro à nulidade absoluta de um negócio, e *os atos nulos são inconvalidáveis*. É a opinião de Garcia-Valdecasas (1983, p. 435):

El negocio nulo no puede ser convalidado; su ineficacia es definitiva e incurable. Así pues, no sana o se convalida por el hecho de que, con posterioridad a su celebración, cese la causa de su nulidad; por ejemplo, porque las prestaciones imposibles al concluir el contrato resulten después posibles; o porque la prohibición legal entonces vigente desaparezca. Para alcanzar los efectos jurídicos frustrados por la nulidad del negocio, las partes no tienen otra vía que celebrar de nuevo el negocio, una vez que haya cesado la causa de nulidad”, ou, então, não se oporem à conversão do negócio jurídico.

Tendo em vista que a conversão é medida relacionada aos negócios nulos, não se pode, então, entendê-la como medida de convalidação e muito menos como medida sanatória de vícios, porque ela não sana os vícios e nem convalida o negócio; a conversão, simplesmente, *conserva* a manifestação da vontade das partes em produzir efeitos jurídicos a partir da possibilidade de prevalência de um juízo de qualificação sobre outro, que permita a produção de efeitos a partir dos elementos que integram a qualificação de um negócio *a priori* considerado nulo. A eficácia da manifestação de vontade averigua-se a partir de um processo de subsunção dos elementos configuradores do negócio a um arquétipo jurídico-negocial, que é o ato qualificador (DEL NERO, 2001, p. 03).

Isso induz ao seguinte entendimento: o princípio da conservação é um dogma que objetiva evitar a ineficácia *lato sensu* do negócio viciado, seja ele absoluta ou relativamente nulo. No entanto, deve ser analisado sob duas perspectivas: quando contrário a uma anulabilidade, ele deve ser visto como medida de convalidação (confirmação, ratificação); será, por outro lado, conversão quando for de encontro ao negócio nulo.

Essa questão da convalidação é conveniente porque permite, primeiramente, introduzir a relação da conversão do negócio jurídico com figuras afins, além de permitir uma melhor compreensão do cabimento e da consagração do princípio da conservação, e eliminar qualquer entendimento

de que a conversão seja uma medida de convalidação.

No que tange à jurisprudência, a conversão recebeu grande atenção do Superior Tribunal de Justiça quando debateu se o pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG) descaracterizaria o contrato de arrendamento mercantil (leasing) e o converteria em compra e venda a prazo.

Em um primeiro momento, aquela Corte entendia que essa cobrança antecipada operava uma conversão do leasing em compra e venda em prestações, conforme se verifica do seguinte julgado unânime da Terceira Turma (Agravo Regimental no Recurso Especial 214833 / RS, julgado em 07/12/2000):

DIREITO COMERCIAL – AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) – VALOR RESIDUAL DE GARANTIA (VRG) – EXIGÊNCIA ADIANTADA – DESCARACTERIZAÇÃO.

A antecipação do VRG ou o adiantamento “da parcela paga a título de preço de aquisição” faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11, da Lei 6.099/74, operando demudação, “ope legis”, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda a prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.

A Corte, por meio da sua 2ª Seção, chegou a sumular esse entendimento em sessão de 08/05/2002 “O pagamento antecipado do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação” (Súmula 263/STJ).

Posteriormente, ao julgar em 27/08/2003 o Recurso Especial 443.143-GO e o 470.632-SP, a mesma 2ª Seção cancelou essa súmula e editou uma outra, com posicionamento contrário, no sentido de que não ocorre a conversão: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil” (Súmula 293/STJ).

De se salientar que o STJ nos acórdãos não se utilizou do vocábulo “conversão”, optando pelo uso de “demudação” ou “demudar”; entretanto, dada em razão da etimologia da palavra e ao contexto em que foi empregada, é seguro afirmar que a Corte estava manifestando-se sobre a eventual ocorrência

de conversão do contrato de arrendamento. Demudar, oriundo do latim *demutare* significa alterar, desfigurar, mudar, cambiar. Embora muito utilizado nos acórdãos em que se debateu a matéria, não se encontra o termo “demudação” em dicionários, mas sim o verbete “demudança”, ao qual se pode dar, portanto, o sentido de “alteração”, “desfiguração” e, entendemos, “conversão”. Assim, em *Via Lacta*, de Bilac (1922, p. 12): “Todos esses louvores, bem o viste, não conseguiram demudar-me o aspecto: só me turbou esse louvor discreto, Que no volver dos olhos traduziste”.

Nesse mesmo sentido são as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que em vários julgados entendeu que a revogada súmula 263 acatava seguramente uma hipótese de conversão substancial do negócio jurídico; exemplificativamente:

TJRJ 2003.005.00161 - EMBARGOS INFRINGENTES.
DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento:
22/07/2003 - SEXTA CAMARA CIVEL
LEASING. REINTEGRACAO DE POSSE. SUMULA 263,
DO S.T.J.
EMBARGOS INFRINGENTES.
EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE LEASING.
REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SÚMULA 263 DO STJ.
Cristalizado em súmula o entendimento jurisprudencial de que
“a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza
o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em
compra e venda a prestação”. Tal posicionamento revela
a conversão substancial do negócio jurídico ele leasing
para compra e venda parcelada, situação que não impede o
credor de reintegrar-se na posse do bem elo qual é titular, se
constituído o devedor, previamente, em mora, em liminar ou
tutela antecipada, na perspectiva das normas (leis cláusulas e
condições estabelecidos no contrato e dos poderes atribuídos
ao proprietário pelo ordem jurídica (arts. 524 do CC e 5º, X
e XXII ela CRFB/88). Sim, porquanto, distante do período
performulário dos Romanos, não se pode, na atualidade,
privilegiar o devedor inadimplente e a forma, em detrimento
do direito substancial do proprietário de reaver o bem, em

efetiva conversão do Direito em Justiça, na perspectiva de concretização dos ideais democráticos consagrados na CRFB/88. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Em sentido idêntico, do mesmo Tribunal: Processo 2002.005.00391 - EMBARGOS INFRINGENTES, relator MARIO DOS SANTOS PAULO - Julgamento: 25/03/2003 - QUARTA CAMARA CIVEL; Processo 2002.001.27537 - APELACAO CIVEL, relator SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 18/02/2003 - QUARTA CAMARA CIVEL.

3 FIGURAS AFINS DE CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

A doutrina tradicional entende que os mecanismos colocados pelo sistema a favor da conservação dos negócios inválidos devem ser designados de *medidas sanatórias*. Isso faz sentido quando se está diante dos casos de confirmação ou ratificação, nulidade parcial (redução) e integração do negócio jurídico porque eles promovem verdadeira “cura”, “sanação” no negócio jurídico, que deixa de ser inválido. No entanto, não se deve entender a conversão como medida sanatória, porque ela nada cura. Adotando como referência a lição de Del Nero (2001, p. 388), a conversão decorre de “uma qualificação jurídica em que o grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e um modelo jurídico-negocial, embora menor que aquele *prima facie* identificado, permite seja juridicamente eficaz *lato sensu* o negócio, que *prima facie* o não era”.

Assim sendo, o procedimento de conversão não implica na modificação de um negócio viciado, “sanando-o”, “curando-o” de seu vício ou expurgando este; o “negócio conversível” decorre de uma *preferência* de uma qualificação jurídica capaz de permitir a produção de efeitos. A conversão depende de outro negócio, ou seja, não convalida e nem sana aquele nulo, celebrado aprioristicamente. (Isso já seria o bastante para diferenciar a conversão dos demais institutos conservatórios do negócio ineficaz *lato sensu*. Todavia, algumas peculiaridades ainda marcam essa seara, fazendo-se conveniente uma análise detida e separada dos mecanismos em comparação com a conversibilidade).

3.1 Confirmação ou Ratificação do Negócio Anulável

Os termos “ratificação” e “confirmação”, na teoria das nulidades, são sinônimos. O Código de 1916, no art. 148, utilizava a expressão “ratificação”; o de 2002, no art. 172, inovando, emprega o termo “confirmação”. Importa, todavia, que em ambos os diplomas o instituto tinha o mesmo objetivo: dar validade a um negócio anulável a partir do saneamento do vício.

Diverge a doutrina quanto à consideração do ato confirmatório: para uns seria a renúncia ao direito de ajuizar a ação de anulação do negócio; para outros é medida sanatória. Defendem que a confirmação é renúncia à ação de anulação: Ferri (1986, p. 23), Venosa (2004, p. 602), Albaladejo (1958, p. 417) e Ruggiero (1999, p. 398).

Schmiedel (1985, p. 63), defende, todavia, a natureza de medida sanatória para a confirmação:

Data venia, discordamos desta posição [de que o ato confirmatório é ato de renúncia ao direito de promover a anulação]. Não há, na verdade, pelo ato ratificatório, renúncia ao direito potestativo de anular o ato, mas, sim, supressão (pelo preenchimento do suporte fático que é deficitário) do *defectum* com que o suposto de fato se juridicizou. Mediante a ratificação ou confirmação torna-se não-deficiente o que antes era deficiente.

Parece que a autora tem razão. E mais: a consequência da confirmação é a impossibilidade de anulação do ato, por ausência de interesse-adequação e possibilidade jurídica do pedido, o que tornaria carente qualquer tentativa de ajuizamento de uma ação de anulação após o negócio confirmatório.

Sobre as diferenças entre confirmação e conversão manifesta-se Soares (1986, p. 74):

na conversão há uma substituição de um negócio inválido por outro, sendo os efeitos deste os produzidos. Na confirmação, por seu turno, mantém-se o mesmo negócio e com os mesmos efeitos, os quais deixam de ser resolúveis para se tornar definitivos.

Ventura (1947, p. 151-152) estabelece o seguinte itinerário de diferenças:

[...] a conversão evita que o acto seja nulo, fazendo com que, desde início, seja perfeito; a confirmação, mesmo quando afasta uma ameaça à validade, actua quanto a um acto já existente e que desde o início é defeituoso; enquanto a conversão é usada principalmente em hipóteses de nulidade absoluta, os autores declaram geralmente que não pode ser confirmado um acto absolutamente nulo ou inexistente”. Nesse sentido, concorda o seguinte julgado: TJRJ, Ação Rescisória nº. 2006.006.00106, 11ª Câm. Cível, Rel. Des. Cláudio de Melo Tavares, j. em 22.11.2006: [...] O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, consoante expressa redação do art. 169 do CC. Rechaçada, portanto, a alegação de prescrição formulada pelo 2º réu, vez que as ações declaratórias de nulidade absoluta são imprescritíveis [...]; é o caso também da Ap. Cível nº. 2004.001.12106 do TJRJ, 11ª Câm. Cível, Rel. Des. José C. Figueiredo, j. em 16.06.2004; e a confirmação realiza-se por um acto das partes distinto e posterior ao acto confirmado, enquanto na conversão existe um só acto sobre o qual se erige uma dupla qualificação.

Seja qual for a natureza que se dê ao ato confirmatório, certo é que a conversão – dependendo da conveniência das partes – pode ser empregada como forma de sanar o vício de anulabilidade do negócio, afinal, *in eo quod plus est semper inest et minus*, quer dizer, quem pode o mais (dirimir nulidade, invalidade grave) também pode o menos (dirimir o vício menor, a anulabilidade).

3.2 Nulidade Parcial

A nulidade parcial é verificada quando há um negócio jurídico complexo – que é aquele em que há a possibilidade de separação desse negócio em parcelas – e uma das partes do negócio é viciada, ou seja, nula. Constatada essa nulidade parcelar, a dúvida que surge é se todo o negócio se contamina ou se é possível o afastamento da parte nula para que o negócio persista e produza efeitos legítimos. Por determinação legal (art. 184, CC/2002), se o negócio for divisível, a nulidade de determinada estipulação não implicará na nulidade de

todo o ato.

O aproveitamento da parte válida do negócio é decorrência da aplicação da regra *utile per inutile non vitiatur*, pela qual “a nulidade que recai sobre um dos elementos do negócio jurídico não deve estender-se aos demais que não tenham uma conexidade tal com o elemento nulo, que se consideram dele dependentes e, por isso, de igual modo nulos” (SOARES, 1986, p. 72).

A nulidade parcial é caracterizada pela não-contagiação ou incomunicabilidade da nulidade frente às demais parcelas do negócio. Se a parte nula contagia todo o negócio – porque uma *conditio sine qua non* de todo o ato – isso acarreta a nulidade do negócio por completo, quando, então será possível a conversão (e somente nessa hipótese).

A diferença entre conversão e redução é esclarecida por Soares:

Verifica-se a redução do negócio jurídico quando o negócio parcialmente nulo sofre uma alteração quantitativa. Fica a vigorar o mesmo negócio mas amputado. Na conversão, pelo contrário, opera-se uma alteração qualitativa do negócio totalmente nulo. Sempre que haja mudança do tipo ou natureza do negócio está-se no campo da conversão, não da redução. (SOARES 1986, p. 72).

Ventura (1947, p. 155) estabelece que a diferença básica entre conversão e redução é que esta não impõe uma mudança de qualificação.

A leitura de Belmonte (2002, p. 35-36) permite o estabelecimento das seguintes diferenças:

- 1) a redução relaciona-se à invalidade parcial do negócio jurídico, de modo que esse subsista em sua parte válida, verificando, assim, uma diminuição em seus efeitos jurídicos. Pois bem, no caso da conversão, o negócio inválido originalmente previsto pelas partes desaparece totalmente, erigindo um outro em seu lugar, cumprindo, na medida do possível, a finalidade do original; 2) a diminuição dos efeitos do negócio primeiro é um traço característico apenas da redução, pois, no caso da conversão, pode ocorrer que o negócio convertido surta os mesmo efeitos ou equivalentes

ao originário; 3) o negócio reduzido necessariamente tem de ser o mesmo firmado originalmente pelas partes; e, na conversão, o negócio convertido já não é o mesmo, em face da mudança no objeto do negócio primeiramente firmado; e 4) na redução, tem-se uma alteração quantitativa dos efeitos do negócio jurídico; e, na conversão, uma alteração qualitativa dos mesmos.

3.3 Interpretação e Integração do Negócio Jurídico

Del Nero (2001, p. 389-390) destaca que a atividade interpretativa precede à conversão do negócio jurídico, e por essa razão não se deve confundir ambas. E tem razão, pois da interpretação é que surge a “valoração negativa” do negócio, ou seja, a invalidade do ato.

A integração do negócio jurídico, por outro lado, fica dependente da existência de lacunas involuntárias na declaração negocial, o que impede sejam atingidos os fins práticos perseguidos pelas partes. Completa-se, então, o lacunoso a partir do material fornecido pela própria declaração jurídico-negocial (“interpretação integrativa”) ou a partir de material legislativo ou consuetudinário (DEL NERO, 2001, p. 390). A diferença entre integração e conversão é, então, que “O ato de conversão não supre lacuna alguma da declaração jurídico-negocial, senão procede a uma outra qualificação jurídica do negócio” (DEL NERO, 2001, p. 390-391).

3.4 Novação

A novação conduz à constituição de um novo negócio, que substitui e extingue um outro celebrado *a priori*. Todavia, ela não tem por fim corrigir a invalidade do negócio, porque ela requer que a primeira obrigação seja válida. Além disso, fica dependente da vontade real das partes em novar não ocorre na conversão, que se aplica por vontade da lei (teoria objetiva).

4 CONSERVAÇÃO E PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Uma das características fundamentais do Código Civil de 2002 – se

colocado em contraposição ao de 1916 – é a consagração de uma nova orientação axiológica, sendo o CC/1916, segundo Francisco Amaral (2005, p. 134), consagrava um modelo metodológico legalista e positivista. A nova codificação seguiu a esteira de três princípios básicos, gerais, quais sejam, socialidade, eticidade e operabilidade. A tarefa do operador do Direito é, dessa maneira, analisar as normas de Direito Privado desde essa perspectiva principiológica. E com a conservação do negócio jurídico, então, não poderia ser diferente.

O objetivo, doravante, é comprovar que a conservação não só está de acordo com essa visão axiológica como também consagra esses princípios em suas disposições. A importância da análise desses princípios está no fato de que eles são o suporte orientador da atividade do intérprete que objetiva chegar na *fattispecie* que garantirá a eficácia da manifestação de vontade das partes, nula em um primeiro momento, o que justamente caracteriza a conservação.

Preliminarmente à caracterização de cada princípio deve-se estabelecer que nem sempre eles podem ser analisados em separado, pois, em determinadas situações, “nota-se que há uma zona cinzenta de interseção entre as diretrizes, resultante do caminho abstrato seguido pelo orientador” (MAZZEI, 2005, p. CXI).

O interessante é que a conservação é uma dessas situações que está nessa zona de interseção, ou seja, ela não é corolário de um só desses princípios, mas dos três, conjuntamente. Por isso que a análise da conservação a partir de princípios requer o estudo da tríade axiológica básica do Código de 2002.

Assim, a conservação é manifestação da eticidade, pois sua parte final diz respeito à boa-fé, ou seja, à fidelidade das partes que se propõem um vínculo obrigacional; de igual forma, ela ganha caráter operativo, além de, por outro lado, operacionalizar o contrato, quando permite outra qualificação jurídica que possibilita a validade de outro negócio; e, por fim, também é faceta da socialidade porque seu enfoque é ultrassubjetivo, pois ela decorre, verdadeiramente, de uma fundamentação objetiva, baseada na ordem jurídica, cujo propósito é a conservação do contrato dada a importância que a relação jurídica entre particulares tem para toda a sociedade enquanto manifestação de seu poder auto-regulador (autonomia privada), que é uma fonte de Direito.

A conservação tem um objetivo de ordem prática, que é o de permitir a produção de efeitos pretendidos pelas partes. Além deste, apresenta, ainda, objetivo de ordem jurídica, filosófica e social, representado pela valorização do ser humano na sociedade, pois o indivíduo, a partir da autonomia privada, é

visto como criador de normas jurídicas, ou seja, sua atividade negocial é fonte do Direito. Tal é a importância do negócio jurídico (e do contrato, enquanto especificidade deste); eis aí o ponto de toque entre a conservação, a eticidade, a socialidade e a operabilidade: estes princípios significam a valorização do indivíduo no âmbito social, e a conversão, sendo instrumento dessa valorização, é pauta desses matizes axiológicos, permitindo, assim, justiça e equidade nas relações jurídicas privadas.

Reale (2002, p. 15) destaca que “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”. Assim, pelo princípio da socialidade, os vínculos intersubjetivos passam a interessar a toda a ordem social, o que justifica a intervenção estatal em determinadas hipóteses legais (MAZZEI, 2005, p. CXVI).

A conservação é, nesse ínterim, justamente uma dessas hipóteses de intervenção do Estado, pois se caracteriza pela prevalência de uma qualificação jurídica negocial – realizada pelo juiz – que garante a produção dos efeitos pretendidos pelas partes, com o propósito que tem a ordem jurídica na preservação do poder criador de normas dos indivíduos. Por isso, pode-se dizer que com o Código Civil de 2002 as relações privadas passam a ter um enfoque “ultrassubjetivo”, em que “as relações entre os particulares não sofrem análise apenas no âmbito do vínculo entre eles, sendo necessário projetar os efeitos das relações ao enquadramento da sociedade como um todo” (MAZZEI, 2005, p. CXVII).

As relações privadas ganham essa importância ultrassubjetiva em decorrência da importância que elas têm para a sociedade, pois – nunca é demais repetir – a autonomia privada repercute no âmbito social porque ela permite a criação de normas de Direito que em muito podem influenciar os demais sujeitos em seus atos da vida privada. Por essas razões, não significa a socialidade uma redução da importância do indivíduo na esfera privatística, porque o princípio é consequência exatamente de uma importância do sujeito – enquanto parte de uma relação jurídica criadora de normas – para toda a sociedade.

Pelo princípio da socialidade tem-se, ainda, que o negócio jurídico deve cumprir sua função social. A conservação do negócio jurídico apresenta-se, nesse aspecto, como um instrumento que permite a concreção dessa função, pois se o negócio nulo não se “converter” em um negócio válido, isto é, que possa produzir efeitos, como o negócio cumprirá sua função social? Dessa maneira,

a regra do art. 170 do CC/2002 é um verdadeiro instrumento de promoção e realização da função social do negócio jurídico e do contrato, permitindo, assim, o exercício de direitos subjetivos e a concretude de limites apontados pelo Código.

São três as características principais da eticidade, apontadas por Amaral (2005, p. 136):

1) atribuir maior importância aos critérios ético-jurídicos do que aos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica; 2) conferir maior grau de poder e de responsabilidade do juiz, chamado não a aplicar, mas a criar o direito para o caso concreto; e 3) representar a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo.

Essas três inferências feitas do princípio da eticidade por Amaral têm estreita relação com a conversão do negócio nulo: a primeira porque a conversão representa a concreção jurídica do cumprimento da função social do negócio, a partir da consideração de que a conversão é um instrumento de equidade; a segunda porque a conversão representa muito bem a tradição jurisprudencialista que o Código pretende inaugurar, uma vez que ela depende da atividade judicial de valoração e qualificação do negócio para encontrar aplicabilidade; por fim, a conservação objetivará justamente a preservação do contrato e do equilíbrio das partes, não permitindo que a nulidade possa beneficiar um contraente em detrimento de outro. Além disso, outro ponto de toque é que a eticidade visa dar eficácia e efetividade a princípios superiores como a honestidade nas relações jurídicas de Direito Privado.

Todavia, o aspecto mais estreito entre eticidade e conservação se encontra em uma caracterização que se pode dar ao princípio:

a eticidade tem escopo bem amplo, aparecendo não somente como orientação que privilegia os critérios éticos nas relações privadas, mas também como vetor que dá ao julgador maior poder na busca da solução mais justa e equitativa para os litígios postos para decisão pelo Estado-juiz, permitindo ao

magistrado se aprofundar no âmago subjetivo da própria questão para decidir de forma ‘mais justa’ ou ‘equitativa’.
(MAZZEI, 2005, p. CXV).

Assim, a eticidade é orientação para a atividade de qualificação do negócio jurídico e da preferência de uma qualificação sobre outra, o que coincide com o procedimento de conversão, conduzido pelo juiz. Por outro lado, deve-se compreender a conversão como instrumento de realização dessa ética do novo código, porque da sua aplicação resulta a fidelidade ao vínculo obrigacional, o equilíbrio entre os contraentes, a preservação da confiança.

Também conhecido como concretude ou concretitude, a operabilidade é um princípio destinado à realização prática do Direito, tendo, por isso, essência filosófica, jurídica, hermenêutica e metodológica (AMARAL, 2005, p. 137). Com tal diretiva o legislador de 2002 pretendeu tornar as matérias do Código de fácil aplicação, para que não se verificassem embaraços na execução do mandamento normativo (MAZZEI, 2005, p. CXXIII). É exatamente no propósito legislativo de afastar controvérsias que se encontra a operabilidade da norma do art. 170 do Código Civil, porque ao explicitar expressamente a norma de conservação dos negócios nulos a partir da conversão ela extingue aquela dúvida que existia na lei civil de 1916 quanto à possibilidade de se “converter” um negócio nulo em outro válido. Com a consagração desse instituto tem-se uma solução simplificada para o problema da nulidade absoluta (mais vista como uma exceção do que uma regra), que não prejudica o interesse das partes – pelo contrário, favorece – e torna-se instrumento contra possível prejuízo na esfera jurídica de terceiro, que pode surgir com a nulidade.

Aspecto importante e que não pode passar despercebido é quanto aos enfoques material (enunciação da norma) e processual (aplicação concreta da norma) que podem ser dados à operabilidade. A preocupação do legislador volta-se não somente à formulação da norma material, mas também para sua aplicabilidade prática, pois a solução desejada pelo legislador só encontra efetividade quando da entrega da tutela jurisdicional no caso concreto (MAZZEI, 2005, p. CXXV).

A partir desses dois enfoques (material e adjetivo) é possível melhor compreender a conversão, porque ela ocorre exatamente em um processo judicial – marcado pela preferência por parte do juiz de uma qualificação jurídica para o fato social que permita a produção de efeitos práticos, uma vez

que a qualificação pretendida pelas partes conduz à invalidade do negócio.

É por essa razão, também, que se deve rechaçar a fundamentação da conversão do negócio jurídico baseada na vontade hipotética das partes porque qualquer especulação nesse sentido – dada a grande dificuldade de se assegurar com certeza qual seria essa vontade – significaria um atentado à operabilidade almejada pelo Código. De maneira que a fundamentação objetiva – aquela baseada na vontade da lei – além de oferecer mais segurança e justiça também permite uma efetivação prática do princípio da conservação sem distorções e embaraços.

5 CONSERVAÇÃO E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA RELAÇÃO OBRIGATÓRIA

Amaral (2005, p. 138) destaca que a codificação de 2002 orientou-se por princípios gerais e informadores na disciplina das obrigações. Compõem a última classe os princípios da autonomia privada, boa-fé objetiva, função social, equidade e responsabilidade patrimonial. Interessa, nesse momento, a análise dos três primeiros dado sua estreita relação com a conversibilidade do nulo.

5.1 Autonomia Privada

A concepção doutrinária para o princípio da autonomia privada que melhor atende aos propósitos dessa pesquisa é dada por António Menezes Cordeiro (2005, p. 390-391): “corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem. [...] podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”.

O conceito do jurista luso só vem reforçar a ideia que exaustivamente já fora apresentada nas linhas anteriores, referentemente à importância da autonomia privada para o Direito e a sociedade: é que a atividade negocial que dela decorre constitui verdadeira fonte criadora do Direito, localizando-se aí, justamente, uma das razões de ser da conversão do negócio jurídico, uma vez que de sua operabilidade ocorrerá a preservação da intenção prática das partes e de seu poder de produzir efeitos jurídicos.

“A verdadeira essência do conteúdo do negócio jurídico estaria na autonomia

privada, no auto-regulamento que o particular não deve limitar-se a desejar ou querer [...]” (CABRAL: 2004, p. 109). Nesse sentido, a conservação é um instrumento de preservação e realização da autonomia privada, ou seja, do poder auto-regulatório da pessoa; ela aparece, então, como mecanismo de desenvolvimento das relações econômicas e, por conseguinte, mais um instrumento que confere plenitude à dignidade da pessoa humana, na sua liberdade de contratar.

5.2 Função Social

O princípio da função social do contrato (art. 421, CC) é verdadeiro consectário do princípio da socialidade, tomado como curador do Código Civil. Por isso, significa um compromisso do contrato com a coletividade, de maneira a propiciar justiça e desenvolvimento sociais (GOMES, 2006, p. 97).

Mais uma vez a conservação apresenta-se como mecanismo a serviço da justiça negocial, pois se o negócio é nulo – e, portanto, ineficaz *lato sensu* – como poderá ele cumprir sua função social? Então, se há a possibilidade de uma qualificação jurídica diversa capaz de permitir a produção de efeitos, como ocorre, por exemplo, pela aplicação da regra do art. 170 do CC, ela deverá ocorrer, pois a conservação do vínculo negocial permitirá o cumprimento da função social da autonomia privada, que deve, essencialmente, permear todo contrato.

Além disso, uma das aplicações da função social é verificada na imposição da conservação do negócio jurídico inválido quando o desfazimento deste se apresentar prejudicial a outras relações jurídicas a ele vinculadas. O princípio da conservação (e a conversão decorre de sua aplicação prática), então, é reforçado por dogmas como a função social e a boa-fé (KLIEMANN, 2006, p. 04-06).

Outro ponto de toque entre a conversão e a função social do negócio diz respeito à fundamentação do instituto da conversibilidade. A conversão tem fundamentação objetiva, isto é, opera-se em decorrência da vontade da lei. Ora, o Direito é visto hoje a partir de uma idéia de funcionalização de seus institutos, que se propõe a concretizar ideais de justiça, segurança jurídica e dignidade humana, consagrados no sistema jurídico. Assim, se a lei tem um papel e uma utilidade sociais, conseqüentemente a fundamentação jurídico-teórica da conversão do negócio jurídico é perfeitamente nesse sentido de

funcionalização do Direito. Nesse sentido, Kliemann (2006, p. 13):

Outra possibilidade de aplicação do princípio da função social, ainda não tão celebrada pela jurisprudência e pela doutrina, refere-se à manutenção do negócio jurídico. Isso porque a solidariedade e a cooperação, valores que compõem o princípio da função social, exigem a manutenção do negócio jurídico. O fundamento dessa restrição para o desfazimento do negócio jurídico está na assunção do fato de que, em uma sociedade complexa, os diferentes contratos firmados criam uma rede da qual resulta a total dependência entre os instrumentos, seja de forma direta ou indireta.

Assim, tendo em vista a importância social de cada negócio para a sociabilidade, a conversão, vista como conservação do intento prático das partes, apresenta-se como mecanismo do Código Civil contrário à desconstituição da relação obrigacional.

5.3 Boa-fé Objetiva

A boa-fé é uma regra de comportamento ético que dirige a relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes, impondo determinados deveres de lealdade, honestidade, solidariedade, correição, probidade e confiança de maneira que o acordo de vontades e a execução e interpretação do negócio jurídico ocorram de forma ética. Trata-se de um arquétipo de conduta jurídico-social pelo qual as partes deverão comportar-se com lealdade e correção. Aliás, Bianca (1990, p. 509) considera boa-fé (*buona fede*) e correição (*correttezza*) como sinônimas. Então, simplificadamente, a boa-fé traduz a ideia de que o comportamento das partes deve ser desenvolvido com correição e honestidade, a partir de critérios éticos e objetivos.

O princípio da boa-fé apresenta três âmbitos de aplicabilidade na relação negocial: formação, interpretação e execução do contrato. Aí encontram-se suas três funções básicas: interpretativa, em que a interpretação do contrato é feita de acordo com os deveres de lealdade que as partes devem ter para consigo; integrativa, pela qual as omissões das partes são supridas com os padrões impostos pelo princípio; e controle da autonomia da vontade, ou seja, o poder

de auto-regulamentação das partes está condicionado aos ideais de lealdade, solidariedade e lisura entre as partes (SANTOS, 2003, p. 107).

Postas essas premissas, indaga-se: em que consiste a importância do estudo da boa-fé objetiva no âmbito da conservação do negócio jurídico? Ou melhor: qual a relação entre boa-fé e conservação? Ganham destaque, nesse sentido, a opinião de dois juristas: Luigi Mosco e Eduardo Serrano Alonso.

Para Mosco (1947), à base do instituto da conversão está o princípio da boa-fé que sempre é levado em consideração na disciplina do contrato; é uma regra que prima pela prevalência da confiança e pela exigência de estabilidade das relações jurídicas:

Ao mesmo princípio se pode conduzir a particular norma dispositiva que estabelece [sancisce] a conversão. Qualquer uma das partes contratuais tem o direito de confiar no exato adimplemento das obrigações que do negócio derivam, e onde os efeitos não são possíveis de serem inteiramente reunidos, há também o direito de confiar naqueles efeitos mais limitados que o negócio viciado é capaz de produzir. Mosco (1947), p. 106-107).

Pode-se dizer, então, que a boa-fé exige a conversão sempre que com esta seja possível a produção de efeitos que o negócio viciado não poderia produzir. Então, a conversão é exigência da boa-fé, no sentido de preservar a confiança das partes.

Alonso (1976, p. 29-31) entende que a conversão do negócio jurídico é um efeito típico e manifestação da boa-fé, em que “En definitiva se actúa la determinación de la norma o principio que rige la relación jurídica nacida del negocio; de esta manera la buena fe sirve para atenuar una norma demasiado rígida o para completar o llenar otra demasiado escueta [...]”.

Em seguida, ensina que uma das manifestações da boa-fé é o princípio do favor negotii, que se verifica no sentido dado à conversão do negócio jurídico. Então, a conservação do negócio e a gestão máxima esforços para a produção dos efeitos pretendidos são exigências boa-fé para que o negócio alcance seus propósitos de solidariedade, lealdade e confiança entre as partes. Daí que, aplicando a boa-fé em sua função integradora, o pressuposto negocial incompleto é preenchido, e mediante esse auxílio a vontade privada se completa

em um negócio eficaz, sendo que essa integração se consegue, justamente, a partir da conversão. Veja, então, mais uma vez a conservação sendo empregada como meio de realização dos princípios contemporâneos que orientam as atividades jurídico-econômicas e conduzem à tão desejada justiça contratual.

A conclusão que o exposto permite chegar é a de que não “conservar” o negócio, ou não prever sistematicamente essa possibilidade, significaria que toda correição, lealdade e confiança das partes no decorrer da relação contratual foi em vão. Assim, a conservação, sempre que possível, impõe-se com o propósito de preservar essa conduta de lealdade que serve de exemplo para toda a sociedade. Por isso o sistema jurídico deve oferecer mecanismos para a operabilidade da ideia de “conservação do negócio nulo”, uma vez que, como visto, ele é um meio de preservação da boa-fé que deve imperar nas relações jurídicas, especialmente nas de índole contratual.

A conservação é um mecanismo de preservação da confiança manifestada pelas partes. Imagine o prejuízo para a ordem social, jurídica e subjetiva (dos contraentes) se todo o investimento de confiança feito na relação jurídica tivesse sido inútil porque o negócio, por ser nulo, não pode persistir. Por isso parece não restar dúvidas de que a conversão se justifica por uma questão de boa-fé; na verdade ela é mecanismo de preservação da boa-fé e decorre desta: ambas sustentam entre si uma relação de dependência cíclico-viciosa. Algumas palavras de Cordeiro (2005) permitem melhor compreensão da questão. Segundo o jurista luso, da tutela da confiança resultam as seguintes situações de proteção jurídica:

1. um investimento de confiança, com, sistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentir efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada” (p. 411); e 2. a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dado ao confiante: tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objectivo que a tanto conduziu (CORDEIRO, 2005, p. 411).

Disso decorre que

O investimento de confiança exige que a pessoa a proteger

tenha, de modo efectivo, desenvolvido toda uma actuação baseada na própria confiança, actuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis; isto é: uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer protecção. A imputação da confiança implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma pessoa vai-se, em regra, onerar outra; isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada. (CORDEIRO, 2005, p. 412).

Por fim, “todos os investimentos, sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações” (2005, p. 414).

As palavras de Bianca (1990, p. 514) também permitem que se vislumbre a conservação como manifestação da boa-fé:

Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la buona fede si specifica anche come obbligo di salvaguardia. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra prescindendo da specifici obblighi contrattuali e da doveri extracontrattuali del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell'interesse altrui non si giustificerebbe infatti la prevalenza di esse sull'interesse proprio del soggetto. Quale obbligo di salvaguardia la buona fede può dunque essere identificata come l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico.

Aqui também se identifica o sentido da conversão, pois ela é um mecanismo posto a serviço do sistema que perfeitamente é empregado nessa salvaguarda da obrigação e da utilidade prática que resulta da relação obrigacional. Além disso, a conversão também é um meio de diligência da obrigação, que consiste no emprego de meios e energias idôneos à realização do fim a que se determina o negócio (BIANCA, 1990, p. 515).

Pode-se destacar, ainda, mais um laço entre boa-fé e conversão. É que no correr da execução contratual a boa-fé pode exigir das partes uma modificação do próprio comportamento, quando isso se faz necessário justamente para a salvaguarda da utilidade prática da obrigação (BIANCA, 1990, p. 517). Nesse caso, a conversão, enquanto qualificação jurídica diversa de uma planejada pelas partes, requer exatamente uma mudança de comportamento, pautada na boa-fé, para o alcance dos fins pretendidos (salvaguarda da utilidade do negócio). Basta lembrar que a conversão implica numa reavaliação (modificação) da situação negocial e do comportamento das partes, de maneira que essa modificação comportamental é direcionada pela boa-fé e pela exigência de preservar a utilidade prática almejada no negócio jurídico.

CONCLUSÃO

A conservação está a serviço da equidade e da justiça negocial, destacando que é quanto à finalidade da conservação – preservação da vontade das partes – que a equidade se faz relevante, pois ela permitirá, no caso concreto, que o juiz determine a conveniência da manutenção para que a vontade manifestada seja aproveitada e, então, naquele caso, concretizar a função social das relações jurídicas.

É preciso preservar, dentro das possibilidades, a manifestação de vontade das partes para o alcance dos fins práticos e econômicos pretendidos. Importa a finalidade prática, e não o meio jurídico para tal. Esse princípio implica na derrogação do antigo *quod nullum est, nullum producit effectum*, e se manifesta, principalmente, pelas medidas da conversão, confirmação e redução (respectivamente, artigos 170, 172 e 184 do Código Civil), e pela revisão por onerosidade excessiva (artigos 317 e 479 do Código Civil) e por lesão (§ 2º do art. 157 do Código Civil).

Todo o rigor do regime jurídico das nulidades passa, hoje, por certa

mitigação decorrente da importância que cada vez mais se atribui à confiança que as partes depositam numa determinada relação jurídica. Mesmo nulo o ato negocial busca-se em seus escombros algo que permita uma eficácia ainda que mínima aos propósitos jurídicos perseguidos pelos contratantes. Dessa forma, a ineficácia a que seria fatalmente conduzido um ato viciado é uma exceção, principalmente quando está em jogo a boa-fé e a confiança depositada numa determinada relação jurídico-econômica, pois tal confiança não é uma exclusividade das partes ou de alguns terceiros interessados, mas de toda a sociedade, já que a consolidação da ideia de funcionalização do negócio jurídico faz com que a este seja dado um enfoque ultrassubjetivo.

Consectário lógico da preservação da confiança das partes e da função social do negócio, há um princípio de ordem interpretativa que determina seja a vontade das partes aproveitada ao máximo para a produção dos efeitos pretendidos – especialmente nos casos de invalidade do negócio jurídico –, em que será possível, muitas vezes, afastar o vício que conduz à ineficácia do ato, ou, ainda, recategorizar, requalificar o ato mediante um esforço hermenêutico.

O favor negotii consiste numa maneira de interpretar o negócio jurídico sempre buscando sua permanência. Ou seja, quando houver duas ou mais possíveis interpretações para o ato, pelo princípio da conservação, deve-se escolher aquela que preserve a relação jurídica negocial e, assim, a liberdade jurígena dos indivíduos.

A conservação, quando operacionalizada, nada mais faz que preservar a manifestação de vontade dos interessados em alcançar seus legítimos interesses jurídicos, que repercutem diretamente no desenvolvimento econômico e social do País. Dessa forma, o princípio favorece a manutenção de relações constituídas honestamente a partir da liberdade dos sujeitos, interface da personalidade em seu aspecto moral e intelectual. A conservação, desse modo, diz respeito diretamente a uma dimensão da personalidade na contemporaneidade: a liberdade dos sujeitos de, agindo honesta e solidariamente, criar normas para seu próprio agir, visando ao atingimento de resultados jurídico-econômicos.

Tem-se, pois, uma releitura do negócio jurídico à luz do personalismo ético. A categoria negocial aparece repersonalizada, elevando a pessoa como valor.

Verdadeiramente, faz-se um convite à reflexão quanto a esta pauta axiológica que hoje ganha importância para a preservação da boa-fé, da autonomia privada e da função social do tráfico jurídico, elementos estes que se

referem diretamente à dignidade humana e à proteção da personalidade, afinal, as relações negociais são uma manifestação da personalidade dos indivíduos, no exercício de sua liberdade, na promoção de seu aspecto moral e intelectual. Trata-se de uma oportunidade de questionar se realmente o negócio jurídico, como categoria jurídica, é um conceito em crise. Ou se, por outro lado, toda essa base teórica e principiológica não significa que a categoria “negócio” tem sim sua importância como gênero, porém necessita de uma leitura cada vez mais funcionalizada e preocupada com a jus-humanização do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Manuel. **El negocio jurídico**. Barcelona: Bosch, 1958.

ALONSO, Eduardo Serrano. **La confirmación de los negocios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1976.

AMARAL, Francisco. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. N. 99, v. 32. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor: redução e conversão do negócio jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIANCA, Cesare Massimo. La nozione di buona fede. In: ALPA, Guido e ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*. Padova: Cedam, 1990.

BILAC, Olavo. **Poesias**. 9.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. In: **Revista de Direito Privado**. v. 27, n. 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006.

CABRAL, Érico Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. v. 19, n. 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2004.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DE LOS MOZOS, José Luis. **La conversión del negocio jurídico**. Barcelona: Bosch, 1959.

_____. **El negocio jurídico** (estudios de derecho civil). Madrid: Montecorvo, 1987.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRI, Giovanni B. Il c.d. recupero del negozio invalido. In: **Rivista del Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Vol. 84, n.º. 1/4. Padova: Francesco Vallardi, jan./abr. 1986, p.20-30.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. In: **Revista de Direito Privado**. v. 26, n. 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006, p.77-104.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 26, n. 07. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006, p.03-26.

LETRIA, José Jorge. **O Livro Branco da Melancolia**. Lisboa: Quetzal Editores, 2001.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.

p. 319-354

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (coords.). **Comentários ao código civil brasileiro: parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.01-150.

MOSCO, Luigi. **La conversione del negozio giuridico**. Napoli: Jovene, 1947.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do código civil. In: **Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. p.05-21.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Vol. I. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato – elementos para uma conceituação. In: **Revista de Direito Privado**. v. 13, n. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003. p.99-111.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOARES, Teresa Luso. **A conversão do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1986.

VALDECASAS, Guillermo Garcia. **Parte general del derecho civil español**. Madrid: Civitas, 1983.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENTURA, Raul Jorge Rodrigues. **A conversão dos atos jurídicos no direito romano**. Lisboa: Imprensa Portuguesa, 1947.

VIEIRA NETO, Manoel Augusto. Convalidação do ato jurídico. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 20. São Paulo:

Saraiva, 1977. p.100-110.

_____. **Ineficácia e convalidação do ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NETO, Francisco Vieira Lima. A favor das relações econômico-negociais: o princípio do favor negotii no código civil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 10-41, abr. 2016. DOI: 110.5433/2178-8189.2016v20n1p10. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 06/10/2014

Aprovado em 22/12/2015

A REESTRUTURAÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA ARGENTINA FACE AO DIREITO DE IMUNIDADE DO ESTADO ESTRANGEIRO

SOVEREIGN IMMUNITIES AND ARGENTINA'S DEBT RESTRUCTURING PROCESS

*Fernanda Araújo Kallás e Caetano

** Bruno Wanderley Júnior

Resumo: O presente artigo analisa a questão das imunidades de jurisdição e de execução do Estado argentino em solo estrangeiro à luz das recentes decisões dos tribunais norte-americanos sobre a reestruturação da dívida pública argentina contraída durante a crise de 2001. Apesar da maioria dos credores terem concordado com a proposta de negociação, uma minoria composta por fundos especulativos que não aceitou negociar a dívida interpôs uma ação nos Estados Unidos visando obter o pagamento integral do débito. A questão que se coloca é a de saber até que ponto o Estado argentino poderia ser acionado em solo estrangeiro, além de averiguar quais seriam as condições para que se processasse a eventual execução de uma sentença condenatória fora do território da Argentina.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição. Imunidade de execução. Estado estrangeiro. Renúncia à imunidade.

Abstract: This paper aims to analyze and discuss Argentina's jurisdiction and execution immunities in light of recent rulings made by the United States' courts regarding the South American country's debt restructuring process. Although most creditors agreed to the renegotiated terms, a minority of bondholders, comprised mostly of speculative funds, sought and won an injunction prohibiting Argentina from paying the renegotiated bonds unless they simultaneously paid their holdouts the full amount due. Finally, we ask if and to what extent Argentina can be prosecuted in a foreign land and therefore, we will also examine the necessary conditions for the application of the injunction beyond the Latin American country's territory.

Keywords: Jurisdictional immunity. Immunity from execution. Foreign State, Immunity resignation.

Como citar: CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e; WANDERLEY JÚNIOR, Bruno. A reestruturação da dívida

* Doutoranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito Internacional pela Université Paris II, com o título revalidado pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Centro Universitário UNA, do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH), da Faculdade PROMOVE de Minas Gerais e da Pós-Graduação do Centro de Direito Internacional (CEDIN). E-mail: fernandakallas@hotmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da mesma instituição e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

pública argentina face ao direito de imunidade do estado estrangeiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 42-58, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p42 . ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

Em 2001, a Argentina viveu uma crise social, econômica e política que fez com que o Estado caísse em insolvência. Passados alguns anos, o país foi capaz de negociar uma redução do valor de sua dívida com a maioria dos credores. Assim como em um processo de falência, o país renegociou um reembolso de trinta a cinquenta por cento do valor nominal. Como a maioria dos detentores dos títulos da dívida pública concordaram com a proposta, parecia que o problema da Argentina estava resolvido. Ocorre que, os detentores que não aceitaram a negociação venderam suas ações com um enorme desconto para fundos especulativos norte-americanos - que ficaram conhecidos como “fundos abutres”- especializados em comprar títulos à beira da moratória e esperar pacientemente pelo pagamento. Tais fundos travaram uma batalha legal que perdurou por anos, até que em 11 de maio de 2006¹, o Tribunal Federal de Nova Iorque decidiu que seus titulares – dentre eles a Sociedade NML, sediada nas Ilhas Caiman e os fundos Elliot e Aurelius Capital Management- deveriam ser reembolsados em cem por cento do valor da dívida. Após terem sido apresentados uma série de recursos por parte da Argentina, a Corte Suprema dos Estados Unidos julgou definitivamente a questão em 16 de junho de 2014², confirmando a decisão do tribunal inferior, que havia entendido que a Argentina, além de ter como obrigação o pagamento do valor integral da dívida, deveria arcar também com os juros e multas devidos.

A decisão final da Corte Suprema norte-americana confirmou a curiosa interpretação dada pelo juiz de primeira instância Griesa à cláusula *pari passu*, que é uma cláusula que impõe a obrigação de assegurar tratamento igual a todos os credores. Tal cláusula foi interpretada no sentido de que a falta de pagamento dos credores que não aceitaram a renegociação impediria o pagamento regular de mais de noventa por cento dos credores que entraram em acordo com a Argentina. Diante disso, qualquer banco americano que venha a ajudar o Estado argentino a pagar os detentores dos bônus da dívida reestruturada violará uma ordem judicial norte-americana. Essa interpretação foi estratégica porque ela teve o condão de forçar o Estado Argentino a cumprir imeditamente a sentença para não cair em descrédito com os demais credores.

Até que fosse proferida a decisão final, não houve qualquer congelamento

¹ Tribunal Federal de Nova York. *NML v. Republic of Argentina*, No 05 Civ 2434, 2006 WL 1294853. Decisão de 10 de maio de 2006. Disponível em: www.gpo.gov/uscourst/.

² Suprema Corte dos Estados Unidos. *Republic of Argentina v. NML Capital*. Sentença de 16 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/republic-of-argentina-v-nml-capital/>.

ou execução de bens pela justiça estadunidense, já que em 2006, os tribunais norte-americanos indeferiram o pedido de penhora dos bens do Estado argentino detidos no Federal Reserve Bank de Nova Iorque para o pagamento dos valores devidos. O argumento utilizado foi que o Estado argentino gozava da prerrogativa de imunidade de execução de seus bens no território dos Estados Unidos. Em busca de uma garantia de execução de tais sentenças, as sociedades credoras requereram a penhora dos bens argentinos situados no Reino Unido e na França.

O grande mérito da interpretação feita pelos tribunais norte americanos da cláusula *pari passu* é que ela livra os fundos credores de uma possível decisão favorável à imunidade de execução dos bens do Estado argentino seja nos Estados Unidos, seja nos demais Estados onde existam bens. Contudo, diante da posição da Argentina de não pagar os fundos abutres até 31 de dezembro de 2014 - data em que a cláusula deixou de vigorar - para continuar o pagamento dos credores que renegociaram a dívida, o problema da imunidade voltou a rondar a questão.

Assim sendo, o presente artigo trata de analisar as duas imunidades do Estado argentino que estão em jogo no presente caso: a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução. Ambas serão tratadas nos pontos que se seguem, à luz da doutrina e do entendimento atual dos tribunais tanto internos quanto internacionais.

1 A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ARGENTINO DIANTE DOS TRIBUNAIS ESTADUNIDENSES

As recentes decisões dos tribunais norte-americanos concernentes aos títulos da dívida pública argentina motivaram o Estado devedor a postular uma demanda na Corte Internacional de Justiça contra os Estados Unidos, que chegou a conhecimento da Corte em 7 de agosto de 2014³, sob o argumento de que ao permitir o julgamento da Argentina em seus tribunais internos, os Estados Unidos teriam violado a soberania e o direito à imunidade do Estado argentino. Vale, contudo, lembrar que o litígio só poderia ser processado na Corte Internacional de Justiça se os Estados Unidos voluntariamente tivessem manifestado a sua concordância com a jurisdição da Corte, o que não aconteceu.

Diante da impossibilidade de julgamento da questão pela Corte

³ Corte Internacional de Justiça. Comunicado de imprensa n°2014/25. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/presscom/files/5/18355.pdf>.

Internacional de Justiça, arriscaremos a indicar qual deveria ter sido a correta solução da questão à luz do direito internacional vigente.

Começaremos nossa reflexão, analisando o direito à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, levando em consideração os limites já consolidados pelo direito internacional atual, uma vez que o princípio da imunidade passou por um sério movimento de relativização no século passado.

As razões que motivaram o desejo de relativização da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros tiveram relação com o crescente intervencionismo do Estado nas atividades empresariais. Pela lógica do Estado liberal, o comércio, por ser visto como uma atividade inerente à iniciativa privada, quando exercido pelo Estado, desvia a finalidade da imunidade soberana, não merecendo, por isso, ser alcançada por ela (MADRUGA FILHO, 2003, p. 268).

A Bélgica foi pioneira na mudança do conceito de imunidade absoluta que depois se espalharia pelo mundo, quando em 1903 sua Corte de Cassação reconheceu a teoria da imunidade relativa (VERHOEVEN, 2000, p. 736-737). A tese da relativização da imunidade ganhou gradativamente novos adeptos, firmando-se definitivamente nos anos setenta com a celebração da Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados em 16 de maio de 1972. Algumas legislações internas como o Foreign Sovereign Immunities Act (1976) norte-americano, o State Immunity Act (1978) britânico, o State Immunity Act (1982) do Canadá, e outras de países como a Austrália, Paquistão, Singapura e África do Sul também seguiram o mesmo percurso restritivo no que concerne as imunidades estatais (BROWNLIE, 2008, p. 349). Além disso, a jurisprudência dos mais diversos países rapidamente vinculou-se à ideia de uma imunidade relativa, que resguarda apenas os atos soberanos do Estado do julgamento em uma jurisdição estrangeira.

A base do raciocínio relativista é a seguinte: se é a soberania que justifica a imunidade, por que esta deveria ser garantida quando aquela não estivesse em questão? Sob essa perspectiva, o movimento de relativização não tratou de restringir a imunidade, nem tampouco de criar exceções a ela, mas apenas de conceder ao instituto um alcance condizente com sua razão de ser (VERHOVEN, 2004, p. 5).

Pode-se perceber, assim, que os contratos de financiamento bancário e a emissão de títulos da dívida pública, por terem um caráter naturalmente comercial, não são alcançados pela imunidade de jurisdição sob a perspectiva do atual direito internacional consuetudinário (MADRUGA FILHO, 2003, p. 282). Diante disso, os tribunais norte-americanos não violaram o direito internacional

ao proceder o julgamento das demandas relacionadas ao pagamento das dívidas da Argentina. Resta, no entanto, saber se a conclusão será a mesma para o que concerne uma possível execução dos bens do Estado Argentino em solo norte-americano. Antes, contudo, analisaremos a imunidade argentina perante a jurisdição arbitral.

2 A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ARGENTINO DIANTE DA ARBITRAGEM DO ICSID

Parte dos detentores dos títulos da dívida argentina encontrou no ICSID uma via alternativa para postulação de suas demandas. O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID, em inglês) é um órgão ligado ao Banco Mundial criado pela Convenção de Washington de 1965 que tem como função a administração dos procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na referida Convenção (SHIBATA, 2009). As arbitragens em questão são comumente processadas entre investidores de um lado e Estados do outro, permitindo assim o acesso direto dos particulares a um mecanismo internacional de solução de controvérsias contra o Estado estrangeiro. Este, por sua vez, filiando-se à solução arbitral do referido centro, renuncia às suas prerrogativas jurisdicionais.

Em agosto de 2011, o tribunal de arbitragem do ICSID se declarou competente para julgar uma lide entre Argentina e cerca de 60.000 investidores italianos⁴, que argumentaram que a falta de pagamento do valor integral da dívida era uma violação do Tratado Bilateral de Investimento (TBI) ratificado entre a Itália e a Argentina. O rol de proteção desse tipo de tratado é bem amplo, assegurando uma série de garantias ao investidor estrangeiro, dentre elas: o direito a um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos investidores provenientes de outros países. A competência para o julgamento foi baseada em uma cláusula compromissória geral prevista no tratado, por meio da qual, ambos os Estados admitiram, antecipadamente, a solução arbitral do ICSID, para todos os contratos que viessem a ser celebrados por eles com investidores da nacionalidade do outro Estado parte.

A decisão sobre a competência foi, contudo, amplamente criticada, uma vez que o artigo 8º do tratado bilateral em questão dispunha que os investidores deveriam primeiramente ter buscado as vias de recurso interno nos tribunais argentinos, para que, somente depois de dezoito meses, estivessem aptos a

⁴ ICSID Case n° ARB/07/5 (DONOVAN, 2012).

postular uma demanda frente ao ICSID, o que não ocorreu.

George Abi-Saab, um dos três árbitros que atuaram no caso, apresentou sua opinião dissidente frente à decisão sobre a preliminar. Para ele, os títulos da dívida argentina não são investimentos protegidos pelo tratado bilateral de investimentos, uma vez que eles não têm nenhum vínculo territorial com a Argentina. Além disso, segundo o seu entendimento, o consentimento da Argentina à arbitragem do ICSID não alcança ações coletivas como a ação em questão. Sob essa ótica, o tribunal do ICSID teria se atribuído um poder legislativo, modificando substancialmente as regras de procedimento visando atender os anseios desta ação coletiva.

Apesar das críticas, a decisão preliminar foi mantida e o processo encontra-se atualmente na fase de análise do mérito. No entanto, ainda que a sentença proferida pelo tribunal seja favorável aos credores, a execução do Estado argentino não é imediata, uma vez que ela depende de um processo de execução perante os tribunais internos do Estado. Além disso, caso a demanda venha a ser postulada em um Estado estrangeiro com o objetivo de executar os bens do Estado devedor ali situados, o regulamento de arbitragem do ICSID reserva aos Estados condenados o direito de arguir a sua imunidade de execução (GAILLARD, 2003).

Dessa forma, no item seguinte, analisaremos o impacto da imunidade de execução do Estado argentino no pagamento dos valores sentenciados pelos tribunais judiciais estrangeiros e pelos tribunais arbitrais internacionais.

3 A IMUNIDADE DE EXECUÇÃO DOS BENS DO ESTADO ARGENTINO LOCALIZADOS EM ESTADOS ESTRANGEIROS

Foi em função da negativa da justiça norte-americana, em 2006, de penhorar os bens do Estado argentino que se encontravam em seu território que os credores resolveram buscar uma forma de garantir a execução da sentença em outros Estados estrangeiros, tais como a França e o Reino Unido. O posicionamento de cada um desses Estados foi diverso no que concerne a

² Boaventura Santos (2002) a chama de democracia de baixa intensidade.

³ Existem inúmeras diferenças entre o contexto das sociedades europeias, nas quais a teoria de Habermas está baseada e as sociedades em desenvolvimento como a brasileira. No entanto a aplicabilidade de sua teoria em nosso contexto decorre do fato de que a sociedade brasileira é moderna e diferenciada, sendo necessário apenas realizar algumas mediações. Este artigo procura fazer exatamente isso ao trabalhar a capacidade da sociedade civil brasileira de modificar, ainda que em parte, o rumo das decisões institucionais. Uma questão central para o diagnóstico presente neste artigo é precisamente a ideia de que nossas instituições

análise do alcance da imunidade de execução, conforme veremos a seguir.

3.1 A análise dos tribunais franceses acerca da imunidade de execução do Estado argentino

É certo que em razão de seu caráter mais atentatório à soberania dos Estados, a renúncia à imunidade de execução deva satisfazer condições formais mais exigentes do que a renúncia à imunidade de jurisdição. Já em 1991, a Comissão de Direito Internacional havia entendido que:

A general waiver or a waiver in respect of all property in the territory of the State of the forum, without mention of any of the specific categories, would not be sufficient to allow measures of constraint against property in the categories listed in paragraph 1.⁵

A jurisprudência dos tribunais franceses caminhou nesse sentido, buscando solidificar exigências mais rigorosas para que os bens de um Estado estrangeiro pudessem vir a ser executados na França.

Podemos exemplificar esse percurso começando pela análise do caso Noga⁶, julgado pela Corte de Apelação de Paris em 10 de agosto de 2000. A demanda era relacionada à uma convenção de arbitragem que a União Soviética - representada no caso pela Federação da Rússia - havia concluído com a sociedade Noga, por ocasião de alguns empréstimos. Nessa convenção, ficou estipulado que todos os litígios que se fizessem presentes entre as partes viriam a ser submetidos à arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. A Federação Russa havia renunciado a todo direito de imunidade relativo à aplicação da sentença arbitral que viesse a ser proferida, além de ter expressamente se comprometido a não se privilegiar de nenhuma imunidade processual que pudesse impedir uma eventual execução forçada e apreensão de seus bens.

Ocorre que quando um tribunal arbitral condenou a Rússia ao pagamento de vinte e sete milhões de dólares, a sociedade Noga, buscando o exequatur

⁵ “Uma renúncia geral ou uma renúncia em relação a todos os bens situados no território do Estado do foro, sem menção às categorias específicas de bens, não é suficiente para permitir qualquer medida de coação contra os bens listados nas categorias indicadas no parágrafo 1”. (tradução nossa) International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-third session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2). Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/sixth/65/UNCITRAL.shtml>.

⁶ Corte de Apelação de Paris. *Compagnie Noga d'importation et d'exportation v. Embassy of the Russian Federation*, No [XP100800X] [2001] D 2157. Decisão de 10 de agosto de 2000.

da sentença na França, requereu a penhora das contas bancárias da Embaixada da Rússia naquele país. A Corte de Apelação, entretanto, entendeu que as disposições acordadas pelas partes não manifestavam a vontade inequívoca do Estado demandado de renunciar a sua imunidade diplomática de execução e permitir que a sociedade demandante viesse a entrar o funcionamento das suas embaixadas e representações no exterior. Para a Corte, diante da especificidade dos bens em questão, seria necessária uma menção expressa e direcionada para que eles não fossem gravados de imunidade.

Entendimento parecido foi novamente esboçado pela Corte de Apelação no mês seguinte por ocasião da sentença do caso *République du Cameroun c. Sté Winslow Bank & Trust*. Os contratos de empréstimo realizados a favor do Estado do Cameron continham uma cláusula que dispunha que o mutuário consentia com a execução de qualquer um de seus bens, independente de sua finalidade. A Corte, mais uma vez, entendeu que apesar do contrato conter o consentimento do Estado à sua execução forçada, presume-se que tal execução não possa ser direcionada à propriedade e aos bens das representações diplomáticas do Estado ou àqueles cuja utilização está prevista para tais missões. Ela acrescenta:

la clause usuelle des contrats internationaux de prêt selon laquelle l'Etat accepte de renoncer à l'immunité d'exécution en ce qui concerne l'ensemble de ces biens ou quelle que soit leur destination ne constitue pas une renonciation à l'immunité d'exécution" [...] elle ne désigne pas expressément les biens utilisés par les missions diplomatiques de la République du Cameroun, n'implique pas un consentement de cet Etat à l'exécution forcée sur ces catégories de biens.⁷

Tal decisão, que foi posteriormente confirmada pela Corte de Cassação⁸, mostra-se tão restritiva que parece deslocar para o credor o ônus da prova de que os bens penhorados não são destinados ao funcionamento da representação diplomática.

Já na ação interposta na França pela Sociedade NML contra a Argentina, a Corte de Cassação francesa foi ainda mais criteriosa no intuito de garantir uma proteção da imunidade soberana do Estado. O pedido de execução foi,

⁷ "A cláusula usual dos contratos internacionais de empréstimo, segundo a qual o Estado aceita renunciar a imunidade de execução no que concerne o conjunto de seus bens, qualquer que seja sua destinação, não constitui uma renúncia à imunidade de execução" [...] pois ela "não designa expressamente os bens utilizados pelas missões diplomáticas da República do Cameron, não implicando, desta forma, um consentimento deste Estado à execução forçada sobre tais categorias de bens." (tradução nossa).

nesse caso, direcionado aos ativos não-diplomáticos do Estado, quais sejam, reivindicações de royalties de petróleo, contribuições sociais e impostos devidos por empresas francesas - tais como a Total Austral, Air France e BNP Paribas - para a Argentina através de suas filiais locais. A Corte de Cassação francesa, tratando da questão pela primeira vez, entendeu nas três decisões que proferiu sobre a questão⁹ que esses ativos eram destinados para fins públicos sendo, portanto, imunes à execução, visto que a Argentina não tinha renunciado à sua imunidade soberana. Reiterando a jurisprudência anterior, a Corte ressaltou que a renúncia à imunidade de execução tinha que ser expressa e específica ao mencionar os ativos ou a categoria de bens sobre os quais a isenção é concedida. Não tendo sido o caso, a imunidade de execução do Estado argentino foi julgada procedente.

Os artigos 18 e 19 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades dos Estados e de seus bens, dispõem nesse sentido. Vejamos:

Art. 18. Não poderão ser tomadas, em conexão com um processo judicial num tribunal de outro Estado, quaisquer medidas cautelares prévias ao julgamento contra os bens de um Estado, tais como o arrolamento ou arresto, salvo se e na medida em que:

a) O Estado consentiu **expressamente** na aplicação de tais medidas:

i) Por acordo internacional;

ii) Por acordo de arbitragem ou por contrato escrito; ou

iii) Por declaração num tribunal ou por comunicação escrita após o litígio entre as partes ter surgido; ou

b) O Estado reservou ou afectou bens para satisfação do pedido que constitui o objecto desse processo.

Art.19 Não poderão ser tomadas, em conexão com um processo judicial num tribunal de outro Estado, quaisquer medidas de execução posteriores ao julgamento contra os bens de um Estado, tais como o arrolamento, arresto ou penhora,

⁸ Vide Corte de Cassação Francesa. Primeira Câmara Civil. Republic of Cameroon v. Winslow Bank & Trust cases. Nº 04-15.388. Decisão de 14 de Novembro de 2007 in Revue Critique de Droit International Privé, 2008/2, comentário de Mathias Audit.

⁹ Corte de Cassação Francesa. Primeira Câmara Civil. Sté NML Capital Ltd v. République d'Argentine et Air France, No 11-13-323. Decisão de 28 de março de 2013; Corte de Cassação Francesa. Primeira Câmara Civil. Sté NML Capital Ltd v. République d'Argentine et Total Austral, No 10-25938. Decisão de 28 de março de 2013; Corte de Cassação Francesa. Primeira Câmara Civil. Société NML Capital Ltd v. République Argentine, nº 09-72.057. Decisão de 28 de Setembro de 2011.

salvo se e na medida em que:

- a) O Estado consentiu **expressamente** na aplicação de tais medidas:
 - i) Por acordo internacional;
 - ii) Por acordo de arbitragem ou por contrato escrito; ou
 - iii) Por declaração num tribunal ou por comunicação escrita após o litígio entre as partes ter surgido”
- b) O Estado reservou ou afectou bens para satisfação do pedido que constitui o objecto desse processo; ou
- c) For demonstrado que os bens são especificamente utilizados ou **destinados a ser utilizados pelo Estado com outra finalidade que não a do serviço público sem fins comerciais** e estão situados no território do Estado do foro, com a condição de que as medidas de execução posteriores ao julgamento sejam tomadas apenas contra os bens relacionados com a entidade contra a qual o processo judicial foi instaurado (grifo nosso)¹⁰

Vale ressaltar que tal Convenção, assinada em Nova Iorque em 2 de dezembro de 2004, ainda não entrou em vigor no âmbito internacional, uma vez que encontra-se condicionada ao depósito do trigésimo instrumento de ratificação e até o presente momento apenas dezoito países confirmaram seu consentimento em fazer parte da mesma¹¹.

Ainda assim, a corte francesa, enxergou neste instrumento, que havia sido ratificado pela França pouco mais de um mês antes da decisão, a manifestação de um costume internacional de que existem bens invioláveis para os quais uma renúncia expressa, e não em termos gerais, seria necessária. Diante disso, prevaleceu o entendimento de que quando um Estado renuncia sua imunidade sem fazer alusão a tal categoria específica de bens, esta renúncia atinge somente os bens que não são gravados de inviolabilidade, como por exemplo os bens ligados a uma atividade comercial.

3.2 A análise dos tribunais ingleses acerca da imunidade de execução do

¹⁰ Versão autêntica do texto em português retirado do site do Departamento de Relações Exteriores de Portugal: <http://dre.pt/pdfs/2006/06/117A00/43444363.pdf>.

¹¹ Os países que já ratificaram a presente Convenção são a Arábia Saudita, a Áustria, o Cazaquistão, a Espanha, a Finlândia, a França, o Irã, a Itália, o Japão, a Letônia, o Líbano, o Liechtenstein, a Noruega, Portugal, República Checa, Romênia, a Suécia e a Suíça. O Brasil nem mesmo assinou tal instrumento. Ver lista dos Estados partes em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-13&chapter=3&lang=en&clang=en...

Estado argentino

Mesmo sendo o Reino Unido signatário da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades dos Estados e de seus bens - não tendo, contudo, até o presente momento, apresentado a sua ratificação - os tribunais britânicos não seguiram as suas disposições no que concerne a imunidade de execução dos Estados estrangeiros.

No julgamento *NML Capital Limited v. Republic of Argentina*, a Suprema Corte do Reino Unido entendeu que a cláusula que previa que o julgamento de um procedimento ligado a um litígio comercial era final e obrigatório, podendo ser executado diante de todo tribunal designado ou de qualquer outro que tenha competência, constituía um reconhecimento das jurisdições inglesas para o processo de execução.

Segundo Lord Phillips, que acompanhou o entendimento do juiz de primeira instância Blair, tal cláusula fazia prova de um acordo inequívoco sobre a possibilidade de execução dos julgamentos de Nova York diante de jurisdições mais adequadas¹². Além disso, ele faz uma interessante consideração: sob o seu ponto de vista, obter o reconhecimento da sentença proferida em Nova York não é nada mais que uma etapa essencial para a sua execução.

Ao fazer uma interpretação teleológica de tal consideração, percebemos que o magistrado vinculou a renúncia da imunidade de jurisdição à renúncia da imunidade de execução.

Diante disso, Forteau (2012) faz um paralelo entre a abordagem de Lord Phillips no caso em tela com a solução adotada pela Corte de Cassação da França no caso *Creighton*¹³, onde ficou disposto que a adesão à um regulamento de arbitragem constitui além de uma renúncia à imunidade de jurisdição, uma renúncia à imunidade de execução do Estado estrangeiro. A jurisprudência francesa, no caso em questão, preferiu garantir a eficácia da arbitragem comercial internacional e assegurar a igualdade das partes no processo arbitral, inclusive no que concerne o cumprimento da sentença (FORTEAU, 2012).

Alguns veem nesta decisão um meio de dar segurança às trocas econômicas e de moralizá-las, garantindo, sobretudo, o respeito da boa fé contratual (ROMERO, 2002, p. 48). Com isso, o fundamento político das

¹² Suprema Corte do Reino Unido. *NML Capital Limited v. Republic of Argentina*, [2011] UKSC 31). Decisão de 6 de julho de 2011, § 58..

¹³ Corte de Cassação Francesa. Primeira Câmara Civil. *État du Qatar c. Sté Creighton*. Decisão de 6 de julho de 2000, comentário de J. Moury.

imunidades aos poucos se curvaria diante de uma exigência moral: uma vez que o Estado se submete ao direito comum do comércio internacional, não é possível que ele possa romper a igualdade contratual resguardando-se atrás de privilégios exorbitantes quando vier a ser condenado em um procedimento de arbitragem regular, no curso da qual ele pôde se valer de todos os meios de defesa (OPPÉTIT, 1990, p. 62). Isso significaria, em última instância, aceitar uma forma de preclusão com base em uma renúncia implícita em nome de um dos pilares do Estado de Direito, que é a efetividade das decisões dos tribunais.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros e de seus bens dispõe, todavia, em sentido contrário. À luz de seu artigo 20:

Nos casos em que o consentimento para a adoção de medidas cautelares e de execução seja necessário em virtude dos artigos 18 e 19, o consentimento para o exercício da jurisdição ao abrigo do artigo 7, não implica que haja consentimento para a adoção de medidas cautelares e de execução¹⁴.

Assim, sob a perspectiva do direito internacional recentemente codificado, o reconhecimento do valor obrigatório de uma decisão proferida por uma jurisdição e da obrigação de executá-la não se confunde com a autorização dada aos órgãos internos estatais de proceder à execução dos bens de um Estado estrangeiro. A razão de ser de tal distinção reside na qualidade particular do sujeito de direito em questão, qual seja, ser ele dotado de soberania (POIRAT, 2004, p. 42).

Assim, com a futura ratificação e entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus bens, tal solução dos tribunais britânicos, que permite uma renúncia tácita à imunidade de execução, deverá ser sensivelmente modificada sob pena de ser incompatível com os artigos 18 e 19 do tratado em questão.

3.3 A análise dos tribunais norte-americanos acerca da imunidade de execução do Estado argentino

Conforme já exposto, no contexto atual, caso tais decisões contra o

¹⁴ Versão autêntica do texto em português retirado do site do Departamento de Relações Exteriores de Portugal: <http://dre.pt/pdf1s/2006/06/117A00/43444363.pdf>.

Estado argentino venham a ser executadas em solo norte-americano, os ditames da Convenção das Nações Unidas sobre a matéria não serão considerados uma vez que além dos Estados Unidos não serem signatários de tal texto, o mesmo ainda não se encontra em vigor no âmbito internacional.

No território estadunidense as regras que regulam a questão estão contidas no texto do Foreign Sovereign Immunities Act, que reconhece que os bens dos Estados estrangeiros, incluindo contas bancárias, gozam de imunidade de execução, salvo se tiverem destinação comercial.

Sob essa perspectiva, não haveriam razões para a Corte Internacional de Justiça, sendo competente, condenar os Estados Unidos pelo desrespeito do direito internacional das imunidades. O grande vilão da questão é certamente a interpretação controversa da cláusula *pari passu* que impediu a Argentina de honrar seus compromissos renegociados em 2005 e 2010. Tecnicamente falando, ao fazer valer uma decisão judicial irresponsável que impõe medidas econômicas privilegiando um grupo minúsculo de especuladores em detrimento de um processo negociado durante anos entre um Estado soberano e noventa por cento dos credores que vinha funcionando bem, os Estados Unidos não estariam violando o direito de imunidade argentino, mas a própria soberania deste Estado (SCHUTTE, 2014).

Ocorre que a Argentina recusou-se a efetuar o pagamento dos “fundos abutres” até 31 de dezembro de 2014, data em que a cláusula *pari passu* deixou de vigorar. Assim sendo, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou em uma decisão recente que a Argentina revelasse sua lista de ativos financeiros tanto nos Estados Unidos quanto no exterior, entendendo que o Foreign Sovereign Immunities Act apesar de impedir a penhora e a execução dos bens do Estado estrangeiro, não proíbe a imposição por um tribunal da divulgação de ativos extraterritoriais de um país estrangeiro. Diante disso, a discussão sobre a imunidade de execução dos bens do Estado estrangeiro voltou a figurar na pauta do dia...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar as imunidades do Estado argentino, percebemos que apesar da sua imunidade de jurisdição não ter prevalecido perante a jurisdição norte-americana nem perante os tribunais arbitrais do ICSID, a discussão acerca dos limites de sua imunidade de execução foi alvo de interpretações diversas diante dos tribunais internos dos países que dispuseram sobre a questão.

Enquanto Estados Unidos e França adotam uma posição bastante protetora do patrimônio estatal estrangeiro, o Reino Unido mostrou-se mais aberto à flexibilização das imunidades de execução dos bens argentinos situados em seu território.

O posicionamento da jurisdição francesa encontra amparo na Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros e de seus bens, que apesar de ainda não ter entrado em vigor no âmbito internacional, foi considerada como sendo a manifestação do entendimento costumeiro acerca da matéria. Já para os Estados Unidos, foram as disposições do Foreign Sovereign Immunities Act que motivaram o entendimento dos tribunais internos, disposições estas que são também compatíveis com os termos Convenção.

Na contramão desse raciocínio encontram-se os tribunais britânicos, para os quais a cláusula que prevê a renúncia da imunidade de execução do patrimônio estatal pode ser geral, alcançando, inclusive, os bens deste Estado que se encontrem nos demais países do mundo.

Por um lado entendemos que possa ser difícil compreender quais razões fazem um tribunal estar convencido de que um Estado, que não é uma parte hipossuficiente na relação, mas que, ao contrário, também possui poder de barganha, não possa estar inteiramente vinculado por uma cláusula que ele próprio consentiu no curso das negociações, ainda que tal cláusula tenha caráter geral. Contudo, caso o Reino Unido venha a ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros, os tribunais britânicos deverão conformar tal interpretação aos ditames deste instrumento quando da sua entrada em vigor no plano internacional, prezando por uma renúncia específica para que um bem estatal com destinação pública possa ser executado em solo estrangeiro.

Por fim, constatamos que a cautela da Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros age em favor do Estado argentino. Visando garantir o objetivo precípua do direito das imunidades, qual seja, a proteção e manutenção das relações interestatais, esse tratado elimina o risco de um Estado ter seus bens destinados ao cumprimento de uma finalidade pública executados em solo estrangeiro sem que essa tenha sido sua real intenção. Apesar de ainda não ter entrado em vigor, a Argentina pode valer-se da viés costumeira deste texto para fundamentar, frente às jurisdições estrangeiras, o direito à imunidade de execução de seus bens que se encontrem fora do seu território.

REFERÊNCIAS

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DONOVAN, Donald Francis. *Abaclat and others v Argentine Republic: As a Collective Claims Proceeding*. ICSID Review, Oxford, v. 27, n. 2, p. 261-267, 2012.

FORTEAU, Mathias. **La pratique des immunités des États étrangers en droits britannique et français**: commentaire de l'arrêt NML Capital Limited (Appellant) v. Republic of Argentina (Respondent,) [2011] UKSC 31. 2012. Disponível em: <<http://m2bde.u-paris10.fr/node/2392>>. Acesso em: 16 out. 2014.

GAILLARD, Emmanuel. *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*. **Revue de l'arbitrage**, Paris, p. 853-875, 2003.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OPPETIT, Bruno. *La pratique française en matière d'immunité d'exécution*. In: LABOUZ, Marie-Françoise. **L'immunité d'exécution de l'État étranger**. Paris: Cahiers du CEDIN, 1990. p. 62.

POIRAT, Florence. *Les immunités des sujets du droit international*. In: VERHOVEN, J. **Le droit international des immunités**: contestation ou consolidation? Bruxelles: Larcier, 2004. p. 11-60.

ROMERO, Eduardo S. *L'Arbitrage de la chambre de commerce internationale et les contrats d'État*, **Bulletin CCI**, Paris, v. 13, n. 1, 2002.

SCHUTTE, Giorgio Romano. **Thomas Griesa, a Argentina e os interesses hegemônicos**. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/thomas-griesa-a-argentina-e-os-interesses-hegemonicos-6878.html>>. Acesso em: 16 out. 2014.

SHIBATA, Ibrahim. Toward a greater depoliticization of investment disputes: the roles o ICSID and MIGA. In: LU, Kevin; VERHEYEN, Gero; PERERA, Srilal. **Investing with confidence: understanding political risk management in the 21th century**. Washington: The World Bank Group, 2009. p. 2-34.

VERHOEVEN, Joe. **Droit international public**. Bruxelles: Larcier, 2000.

VERHOVEN, Joe. **Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?** Bruxelles: Larcier, 2004.

Como citar: CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e; WANDERLEY JÚNIOR, Bruno. A reestruturação da dívida pública argentina face ao direito de imunidade do estado estrangeiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.42-58 abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p42. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 18/10/2014

Aprovado em 23/07/2015

CRIMES INFORMÁTICOS: POSSIBILIDADES DE CONSTRUÇÃO DE UM MODELO NORMATIVO DE GOVERNANÇA DO CIBERESPAÇO

CYBERCRIMES: POSSIBILITIES ON BUILDING
A NORMATIVE MODEL OF CYBERSPACE
GOVERNANCE

*Salette Oro Boff

**Vinícius Borges Fortes

Resumo: Uma das marcas da evolução da humanidade se reflete na capacidade de transmitir informações. Junto a isso, o desenvolvimento tecnológico na área da informação e comunicação, facilitou o acesso ao conhecimento, nos mais diversos pontos do planeta. O ciberespaço, oferece novas e diferentes possibilidades de futuro, trazendo significativos desafios para o direito. Nesse contexto, a pesquisa investiga as contribuições apresentadas nos Relatórios e Resoluções da Seção Direito Penal Parte Geral, preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal, que assinalam os principais pontos de convergência e divergência para a construção de um modelo normativo de governança e tutela penal do ciberespaço, a partir do mapeamento crítico. Assim, o trabalho tem como objetivos observar e mapear a interação legislativa no tocante ao tema dos crimes informáticos; e observar e mapear os resultados dos referidos relatórios e resoluções. O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Ciberespaço, Sociedade da informação; Direito penal; Crimes informáticos.

Abstract: One of the hallmarks of human evolution is the ability to transmit information. Conjointly, technological development, in the area of information and communication, has facilitated access to knowledge in various parts of the world. Even though cyberspace offers new and different possibilities for the future, it can and does create considerable legal challenges. The many reports and resolutions of the Criminal Law Section – General Part, XIX International Congress of Criminal Law IAPL – International Association of Criminal Law, highlights important points, which converge and diverge, in the construction of a

* Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – RS (UNISINOS). Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – RS (IMED). E-mail: salete.oro.boff@terra.com.br.

** Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá – RJ (UNESA), Mestre em Direito pela Universidade Caxias do Sul – RS (UCS). Professor da Faculdade Meridional – RS (IMED). Pesquisador Membro do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento. Estudante vinculado ao GE-DAPI – Grupo de Estudo em Direito Ambiental e Propriedade Intelectual, certificado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: viniciusfortes@imed.edu.br.

normative model, based on critical mapping, for governance and criminal protection in cyberspace. Deductive reasoning and bibliographical research were the methods used in this study. Keywords: Amitai Etzioni. Communitarism. Condensed social right. Georges Gurvitch.

Keywords: Cyberspace; Information society; Criminal law; Cybercrimes.

Como citar: BOFF, Saete Oro; FORTES, Vinícius Borges. Crimes informáticos: possibilidades de construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 59-78, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p59. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

O ciberespaço (espaço virtual), é um ambiente social, formado pelo fluxo de informações e mensagens transmitidas entre computadores, constituindo-se como uma rede aberta na qual qualquer pessoa pode ter acesso com a possibilidade de interagir, gerar dados, navegar e estabelecer relações na rede, por meio de provedores de acesso pelos quais se realizam várias atividades como o correio eletrônico; a computação de longa distância, o comércio eletrônico, o lazer, a pesquisa e outros.

No ambiente da rede, todos podem se comunicar com todos. Basta possuir um dispositivo de rede, que nos dias de hoje pode ser um computador, um tablet ou um smartphone. Ampliou-se a facilidade de acesso a informação armazenada em dispositivos, quer se trate de informações livremente disponíveis, quer se trate de informações e dados pessoais de ordem privada.

Nesse contexto, de inegável evolução das tecnologias, o avanço da Internet e a constituição do ciberespaço carecem de uma análise jurídica, normativa, sociológica, cultural e, até mesmo, psicológica. Com a evolução dos recursos da Internet, é oportuna a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital.

Contudo, também é indispensável refletir sobre os problemas jurídicos decorrentes da massificação do uso da Internet. Assim, o estudo crítico no entorno do tema dos direitos à privacidade e à proteção aos dados pessoais é relevante para o meio jurídico, sobretudo quando se trata de uma reflexão frente aos marcos regulatórios do ciberespaço, indo de encontro com as premissas de criação da Internet, que pressupõem a não regulação.

No Brasil estudos se ocupam dos reflexos da Internet sobre os institutos de direito do consumidor e da necessidade de regulação da Internet em matéria penal, para fins de tratamento adequado aos denominados cibercrimes. Nesse sentido, o confronto entre a evolução tecnológica, o direito e os marcos regulatórios para o ciberespaço é inevitável para uma melhor compreensão da sociedade da informação, ou da sociedade em rede. Assim, a pesquisa se propõe a analisar o uso de tecnologias da informação e comunicação (TICs) com a finalidade de cometer crimes, denominados cibercrimes ou crimes informáticos.

Para tanto, é indispensável refletir se a construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço e tutela penal do ciberespaço são suficientes para resolver os conflitos cada vez mais frequentes que se originam desse espaço.

Ademais, é fundamental pensar no caso brasileiro, partindo-se da construção da Lei de Crimes Informáticos (Lei n.º 12.737/2012), bem como o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), sobretudo em relação ao cumprimento das premissas de construção da Web, sem que ocorram rupturas paradigmáticas com a arquitetura de rede adotada com a sua constituição e constante adaptação que culminou na constituição da cibercultura e do ciberespaço.

A pesquisa desenvolve o método de análise do mapeamento crítico¹, analisando comparativamente a legislação brasileira relacionada aos crimes informáticos e as perspectivas sob o olhar do direito penal internacional. Assim, a pesquisa adota como paradigma de análise os Relatórios e Resoluções do XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal, que se adotou o hodierno tema da “Sociedade da Informação e o Direito Penal”. O mapeamento crítico proposto nessa pesquisa leva em consideração a existência de recentes marcos regulatórios para a governança do ciberespaço e da tutela penal dos crimes informáticos no Brasil.

Com essas considerações, pretende-se buscar resposta a seguinte indagação: com a finalidade propor avanços no estudo da regulação e tutela dos crimes cometidos no ciberespaço, quais foram os principais pontos de convergência e divergência apresentados pelos relatórios e resoluções da Primeira Seção preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal?

A pesquisa tem como objetivos: (i) observar e mapear a interação legislativa no tocante ao tema dos crimes informáticos; (ii) observar e mapear os resultados dos relatórios e resoluções da Primeira Seção preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal.

Assim, a relevância do estudo concentra-se na evidência de que no contexto global mesmo com a evolução das tecnologias que contribuem para o avanço do ciberespaço, ainda não se conferiu suficientemente a devida relevância à análise jurídica, normativa, sociológica, cultural e até mesmo

¹ O termo mapeamento pode ser entendido como uma versão devidamente revista de uma análise analógica sem maiores questionamentos, efetuada rente à realidade, ou em outras palavras, a forma de análise jurídica não implica qualquer proposição transformadora para o direito. Mapeamento é a tentativa de descrever em detalhes a microestrutura juridicamente definida da sociedade com relação a seus ideais também articulados juridicamente. O segundo momento desta prática de análise deve ser chamado de crítica, isto é, uma versão revisada do que os juristas racionalistas desprezam como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar em detalhe as relações entre os arranjos institucionais da sociedade tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados por esses arranjos institucionais, na medida em que são frustrados ou cumpridos. (UNGER, 1996, p. 130).

psicológica, quanto à quanto à necessidade reflexão quanto à instituição de marcos regulatórios para a tutela dos crimes informáticos, ou seja, cometidos no ciberespaço.

E é justamente nesse contexto em que o estudo apresentado elucidará os conceitos fundamentais do ciberespaço, das perspectivas do direito penal brasileiro e do direito penal internacional, de modo a apresentar os resultados obtidos a partir dos relatórios e resoluções da Primeira Seção preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal.

1 EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO DO CIBERESPAÇO

A pesquisa tem diversas variáveis de natureza epistemológica, que perpassam necessariamente pela relativização da teoria do direito em virtude de um novo contexto global e social com o avanço da tecnologia da informação e comunicação. De acordo com Lessig (2006), um dos precursores do Cyberlaw na Stanford University, o conceito de ciberespaço varia rapidamente, sobretudo em razão da identidade evidenciada no tempo e no espaço de acordo com os objetivos de uso da rede pelos usuários.

O ciberespaço aqui referido corresponde ao espaço constituído por usuários e infraestrutura de rede na Internet. Como se sabe, a Internet trilhou suas primeiras experiências em 1969, a partir da criação do ARPANET – The Advanced Research Projects Agency Network, com a finalidade de atender demandas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, sobretudo em virtude das incertezas bélicas da Guerra Fria. A partir disso, as conexões em rede cresceram significativamente, até a criação no final da década de 1980 da World Wide Web (WWW), pelo físico Tim Berners-Lee e, no início da década de 1990, o desenvolvimento dos primeiros softwares para navegação em páginas da Internet (VASCONCELOS, 2003).

Com a evolução da tecnologia e dos recursos vinculados à rede mundial de computadores, a World Wide Web, ou Internet como ficou popularizada, é conveniente a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital. Contudo, também é indispensável promover reflexões voltadas aos problemas jurídicos advindos da evolução tecnológica, sobretudo decorrentes da massificação do uso da Internet.

Para exemplificar tal evolução e o reflexo das tecnologias sobre a

sociedade, Lessig (2006) menciona o discurso intitulado “Declaração de Independência para o Ciberespaço” proclamado logo após o rompimento da cultura bipolar com o fim da Guerra Fria pelo compositor do Grateful Dead, banda de Rock dos anos 1960, John Perry Barlow, que também é fundador da EFF – Eletronic Frontier Foundation, uma organização não-governamental que tem como escopo a defesa dos interesses dos usuários da Web, no qual pronuncia:

Governos da Era Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não tem soberania onde nos reunimos (BARLOW, 2011).

A partir disso, é possível identificar uma constante mudança sobre a percepção do ciberespaço e das possibilidades de regulação e governança, sobretudo no que diz respeito ao alcance de instrumentos normativos que assegurem uma visão ampliada da tutela penal dos crimes informáticos, ou seja, cometidos no ciberespaço (BOFF; FORTES, 2014).

Portanto, o confronto entre a evolução tecnológica, o direito e os marcos regulatórios para o ciberespaço, em especial no contexto brasileiro, é inevitável para uma melhor compreensão da sociedade da informação, ou como refere Castells (2002), da sociedade em rede. Aliás, de acordo com o referido autor, na sociedade em rede há a predominância de um espaço dotado de fluxos informacionais, que se sobrepõem sobre os espaços físicos que constituíram as sociedades pré-modernas e, com isso, tem se tornado a manifestação espacial dominante nas sociedades atuais.

Nessa órbita, promover o estudo crítico no entorno do tema da tutela penal dos crimes informáticos cometidos no ciberespaço, sobretudo quando se trata de uma reflexão frente aos marcos regulatórios instituídos em escala global, com o objetivo de estabelecer parâmetros normativos que alcancem diferentes jurisdições no âmbito do ciberespaço.

No Brasil, como em outros Estados, a tutela penal dos crimes informáticos é tratada por legislações especiais que enfrentam temas como a invasão de dispositivo informático, a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública e a falsificação de documento particular.

Ora, se há previsão normativa pátria, por que discutir tal tema? É a Lei a alternativa adequada a resolver problemas jurídicos identificados nessa pesquisa? Ao encontro das indagações apresentadas, e em reflexão sobre a solução de conflitos complexos na órbita jurídica, Streck (2011, p. 46) afirma que o Direito não atende a tais demandas

[...] não porque tal ‘complexidade’ não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo [...] que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos [...].

Diante de tais premissas, pode-se afirmar que as camadas que compõem o sistema de comunicação da Internet e do meio digital são cada vez mais controladas. Entretanto, permanecem ainda dúvidas sobre quais são os fatores que deve-se considerar efetivos na regulação da Internet (LEMOS, 2005, p. 22). Nesse prisma, é relevante considerar o modelo de análise desenvolvido por Lessig (2006), que trata especificamente dos modos de regulação no que tange ao avanço da tecnologia. Para o doutrinador norte-americano, no início do século XIX o liberalismo dominante se preocupava com a manutenção e a garantia da liberdade e, diante disso, qualquer ameaça à liberdade provocaria o poder do Estado e a sua capacidade de gerar a Lei (LESSIG, 2006).

No contexto da tutela penal dos crimes informáticos, e sobretudo da garantia de direitos no ciberespaço, Lemos (2005) indaga sobre quais seriam os fatores que efetivamente ameaçam a liberdade. De acordo com o autor, no século XIX a resposta seria a Lei. Todavia, complementa o autor, no contexto da tecnologia dos tempos atuais, a Lei deixou de ser o único fator que contribui a limitação ou flexibilização da liberdade dos indivíduos, ou até mesmo para a regulação da sociedade em rede (LEMOS, 2005).

Nesse prisma, Lemos (2005) ressalta que o mesmo questionamento sobre quais fatores ameaçam a liberdade individual na sociedade da informação, é possível encontrar no mínimo quatro respostas: a Lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura ou código. Na concepção do autor, entende-se como lei “todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas”. As normas sociais,

incluem os usos e costumes e “qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias”. O contexto do mercado “é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos”, somado à arquitetura, que é “a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem.” (LEMOS, 2005).

Na percepção de Lessig (2006), na órbita do direito da tecnologia “o código é a Lei”. O que o professor da Stanford University pretende ao lançar tal assertiva é que as linguagens de programação de software alcançam muitas vezes relevância superior às estruturas normativas convencionais na órbita da Internet e da regulação tecnológica. Ao analisar as premissas inovadoras apresentadas por Lessig, Lemos (2005) ressalta que as categorias dogmáticas tradicionais não vislumbram a característica normativa contemporânea proclamada pelo autor, de que o “código é a Lei”. Nesse sentido, a partir da ruptura paradigmática na análise do direito por meio da evolução tecnológica, sobretudo no âmbito do ciberespaço, é possível que sejam rediscutidas controvérsias e posicionamentos pretéritos que se julgavam superados e que sejam propostas questões inéditas fundamentadas em aspectos sociológicos, políticos e econômicos, que “de tão interdisciplinares, põem em risco a própria especificidade do direito.” (LEMOS, 2005, p. 8).

Então tem-se presente que a tutela penal dos crimes informáticos é assunto latente e de fundamental importância na agenda dos Estados. É indispensável elucidar o caso brasileiro, conforme evidenciado na exposição de motivos do Projeto de Lei que propunha o Marco Civil da *Internet*², a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada no ano 2009 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), já sinalizava a existência de 68 milhões de usuários de Internet no Brasil, com taxa de crescimento de aproximadamente um milhão a cada três meses. A estatística apresentada representa oportunidades ao país, no entanto, também aponta uma série de riscos, que perpassam por diversos aspectos, dentre os quais estava elencada a carência de legislação específica para a regulação do ciberespaço e a tutela dos crimes informáticos (BRASIL, 2011).

Outrossim, a falta de definição legal específica diante da realidade enfrentada atualmente oportuniza que emanem do Poder Judiciário decisões conflitantes e contraditórias sobre temas que estão diretamente relacionados com o uso da Internet (BRASIL, 2011). De acordo com os elementos elencados na exposição de motivos do projeto de lei do Marco Civil da Internet, com a

ausência de normatização específica, o Brasil convive com diversos riscos, a saber:

- a) da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria;
- b) de prejuízos judiciais sensíveis, até que a jurisprudência se adeque às realidades da sociedade da informação;
- c) de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas;
- e
- d) de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmados.

Observa-se, com isso, a relevância global conferida na atualidade para a tratativa normativa e regulatória para o ciberespaço, em especial no que diz respeito à tutela penal dos crimes informáticos, de modo a conjugar a defesa dos direitos humanos indispensáveis ao livre exercício da democracia que, nos tempos atuais, pressupõem o livre acesso à Internet como o um exercício regular de um direito inerente à condição humana, com a atribuição de sanções em face dos crimes cometidos nesse ambiente.

Aliás, cumpre ressaltar a natureza global da tutela dos crimes informáticos, sobretudo em razão do espaço onde a prática das condutas criminosas se efetivam, não havendo limitações geográficas. Nesse particular, Varella (2013, p. 41-42) explana que:

A internet, de forma específica, e a revolução tecnológica, de forma ampla, possibilitam um acoplamento entre espaços e tempos diferentes no campo do direito e da política. Cada Estado ou comunidade tem tempos próprios neste processo. A relação entre eles não é de maior ou menor evolução, porque trilham seus próprios caminhos. Ocorre um processo de influência mútua, ou irritação mútua, como preferem alguns autores, numa lógica de ampliação do contrato entre os sistemas sociais. Economia, política, ciência e direito possuem

² O Projeto de Lei n.º 2.126/2011 (BRASIL, 2011).

discursos comunicativos próprios que não são antagônicos, mas se complementam. Com a internet, ampliam-se as influências entre outras esferas de construção dos sistemas sociais, antes tipicamente nacionais e estrangeiros, fazendo interagir mais fortemente ideias nacionais, estrangeiras, internacionais, a partir do contato direto e imediato dos atores envolvidos interna e externamente.

Arnaud (2007) também corrobora com essa percepção ao afirmar que a dimensão de “fronteira”, e o que se denomina de “porosidade das fronteiras” esta diretamente ligado com os progressos tecnológicos. Assim, os Estados mantem sua soberania, entretanto com a erosão da autoridade, reduzindo substancialmente o controle de fluxos monetários e de informações transfronteiras.

Relevante destacar, ainda, o que Staffen (2015) refere como o direito global em nível de parceria, ou partnership, no caso da regulamentação e regulação da internet pela ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, que é uma instituição público-privada, que a partir de uma composição por organizações privadas, desenvolve funções públicas que geram impacto global, visto que a Internet corresponde a um bem jurídico global.

Diante disso, é fundamental observar as perspectivas regulatórias analisadas no âmbito da tutela dos crimes informáticos, o que passará a ser analisado a seguir.

2 DA ANÁLISE JURÍDICA DOS CRIMES INFORMÁTICOS A PARTIR DOS RELATÓRIOS E RESOLUÇÕES PREPARATÓRIAS AO XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL DA AIDP – ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

A Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) se constitui como a mais antiga organização mundial composta por especialistas das ciências criminais. A AIDP foi fundada em Paris no ano de 1924, como resultado da reorganização da União Internacional de Direito Penal. (ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, 2014).

A proposta da presente pesquisa reside na análise dos relatórios e resoluções propostas para o XIX Congresso Internacional de Direito Penal

da AIDP, realizado no ano 2014 no Brasil, tendo como temática a “Sociedade da Informação e o Direito Penal”. Cabe salientar, que os congressos da AIDP representam uma ocasião significativa para a discussão temas relevantes e que traduzem o posicionamento da AIDP em questões relacionadas ao direito penal e política criminal, de modo a repercutir para o desenvolvimento dos Estados. (ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, 2014).

A temática da 19ª edição do Congresso Internacional da AIDP é analisada sob quatro perspectivas habituais da Associação, quais sejam: direito penal parte geral, direito penal parte especial, direito processual penal e direito penal internacional. Destaca-se, ainda, que tais análises são desenvolvidas a partir de resoluções e relatórios oriundos dos quatro colóquios preparatórios realizados em Verona/Itália, Moscou/Rússia, Antália/Turquia e Helsinque/Finlândia. (CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL AIDP, 2014).

A seção direito penal parte geral, apresenta três documentos-base: questionário, relatório geral e resoluções. O questionário apresentado trata de temas relacionados à criminalização, técnica legislativa na tutela dos crimes informáticos, limites do anonimato e a internacionalização desses crimes. Em sua essência o questionário delimita o denominado “ciberdelito” como um termo de abrangência das condutas criminais que afetam interesses associados ao uso das tecnologias de informação e comunicação (TICs), tais como o funcionamento adequado de sistemas de computadores e Internet, a intimidade e integridade dos dados armazenados ou transferidos por meio de tais tecnologias ou a identidade virtual dos usuários da Internet. Refere, ainda, que um aspecto característico e comum de todas as figuras de ciberdelitos e da investigação destes reside na relação com sistemas, redes, dados de computadores de um lado e sistemas, redes e dados cibernéticos de outro. Nesse sentido, os ciberdelitos tem relação direta com os computadores em sentido tradicional e também com o ciberespaço e as bases de dados cibernéticas. (WEIGEND, 2014a).

É fundamental mencionar, nesse contexto, que os ciberdelitos, ou cibercrimes como referido por uma parte da doutrina penalista, é dotado de diferentes peculiaridades, que levam em conta níveis de oportunidade por tipo de crime, conforme apresentado por Wall (2003) na matriz abaixo observada:

Quadro 1 - The matrix of cybercrimes: level of opportunity by type of crime (with selected examples)

Crime Types ▶	<i>Crime against machines/ Integrity-related</i>	<i>Crime using machines/ Computer-related</i>	<i>Crimes in the machine/ Content - related</i>	<i>Crimes in the machine/ Content - related</i>
Opportunities ▼	/ Harmful /Trespass	Acquisition/ (Theft /Deception)	Obscenity	Violence
<u>Traditional crime using computers</u> More opportunities for traditional crime	* Phreaking * Chipping	* Frauds * Pyramid schemes	* Trading sexual materials	* Stalking * Harassment (personal)
<u>Hybrid cybercrime</u> New opportunities For traditional crime (e.g., organisation across boundaries)	* Cracking/ Hacking * Viruses * Hactivism	* Multiple large-scale frauds * 419 type fraud * Trade secret theft * ID Theft	* Online Sex trade / * Camgirl sites	* General Hate speech * Organised paedophile rings (Child abuse)
<u>True Cybercrime</u> New opportunities for new types of crime (<i>Sui Generis</i>)	* Spams (list construction and content) * Denial of Service * Information Warfare * Parasitic Computing	* Intellectual Property Piracy * Online Gambling *E-auction scams *Phishing	* Cyber-sex * Cyber-pimping	* Online Grooming * Organised Bomb talk /Drug talk * Targeted hate speech

Fonte: Wall (2003).

Ao encontro da complexidade identificada na matriz de Wall (2003), tornou-se cada vez mais indispensável a análise sobre o futuro da tutela penal dos crimes informáticos, cometidos no ciberespaço. Assim, a partir das respostas ao questionário proposto por Weigend (2014b), apresentadas por dezesseis sistemas jurídicos (Argentina, Bélgica, Brasil, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Japão, Holanda, Polônia, Romênia, Espanha e Turquia), formulou-se um relatório geral tratando de elementos fundamentais para esses sistemas jurídicos, quais sejam: (a) a proteção dos bens jurídicos relacionados com as TICs e os desafios do ciberespaço; (b) a expansão das proibições penais, como por exemplo os atos preparatórios e a posse de materiais; (c) o problema do respeito ao princípio da legalidade, sobretudo a exigência de precisão das proibições penais; (d) as mudanças no conceito de autoria e responsabilidade acessória, em especial em relação aos provedores de acesso e aos provedores de hospedagem de conteúdo; (e) a função do direito penal em relação a outras formas de proteção dos bens jurídicos mediante mecanismos específicos de Internet, como o bloqueio de acesso ou a eliminação de websites; (f) as reações legislativas ao problema de que os usuários de Internet frequentemente permanecem no anonimato; (g) os esforços internacionais realizados para coordenar e harmonizar a legislação em uma área que, por definição, transcende as fronteiras nacionais. (WEIGEND, 2014b).

A respeito das questões observadas no questionário e no relatório geral, é possível identificar nas considerações de Koops (2011) de que a Internet merece

atenção especial por causa de várias características: (a) é global e permite conexões em tempo real entre as pessoas, independentemente da sua localização; (b) o tempo, a distância, e as fronteiras nacionais são muito menos importantes do que no crime tradicional; (c) a Internet, sendo uma rede digital, permite que os dados de processamento de informação e em formas automatizados, quase à velocidade da luz, e em uma escala sem precedentes. Logo, a complexidade dos ciberdelitos é diversa dos crimes cometidos em outros espaços e circunstâncias.

Diante das problemáticas apresentadas, a seção direito penal parte geral apresentou resoluções divididas em cinco grupos: (a) considerações gerais para a legislação penal; (b) alternativas à sanção penal; (c) o princípio da legalidade; (d) a ampliação das leis penais; e (e) a cooperação internacional. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

No que diz respeito ao primeiro grupo, no tocante às considerações gerais para a legislação penal, concluiu-se que as TICs e o ciberespaço criaram interesses específicos que devem ser respeitados e protegidos, a exemplo da integridade e privacidade dos sistemas de TICs e das identidades pessoais no ciberespaço. De acordo com essas considerações, os autores de alguns delitos tradicionais como a fraude, a falsidade e violações aos direitos de autor utilizam as redes TIC e o ciberespaço, o que potencializa a periculosidade da conduta, o que demanda uma aceitação e adaptação por parte dos legisladores, tribunais e sistemas de justiça penal. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Além disso, dentro das considerações gerais da primeira resolução, concluiu-se que a integridade das redes de TIC e o ciberespaço são vitais para as sociedades modernas, inclusive em relação aos meios de comunicação, e que os comportamentos nocivos ou perigosos nestas áreas podem comprometer interesses fundamentais, e por essa razão é necessário que os Estados criem políticas eficientes sobre proteção das redes de TIC e os interesses atingidos. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Por outro lado, a resolução pondera a necessidade de evitar o excesso de regulamentação e criminalização do ciberespaço, sob pena de comprometer a liberdade de comunicação que é uma característica própria e genuína do ciberespaço. Além disso, os legisladores devem estar conscientes de que a regulação do comportamento, a partir da criação de leis penais e a imposição de controles desproporcionais no ciberespaço pode interferir nos direitos fundamentais, especialmente a liberdade de expressão e a liberdade de coletar informações. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Em relação ao segundo grupo, no tocante às alternativas à sanção penal, a

primeira resolução é taxativa ao concluir que é fundamental estimular os usuários de redes de TIC e os fornecedores de sistemas para criar mecanismos de proteção e segurança da rede, incluindo a autorregulação dos provedores. O descuido na tomada de medidas de segurança não deve conduzir à responsabilidade penal por parte dos usuários, exceto se punido pela violação de obrigações específicas para a manutenção da segurança dos dados impostas aos sujeitos responsáveis. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

No mesmo grupo, a primeira resolução pondera que as proibições penais são dotadas de forte reprovação moral e, por essa razão, pode estigmatizar criminosos. Diante disso, é dever dos Estados examinar cuidadosamente se as medidas não-criminais podem ser igualmente eficazes na prevenção de ataques a redes e abuso da liberdade das TICs e do ciberespaço. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Diante disso, surgem as seguintes propostas: (a) como alternativas viáveis em relação às ordens judiciais, a compensação dos danos às vítimas de acordo com a lei civil, bem como a promoção de instrumentos de justiça restaurativa; (b) a imposição de medidas administrativas, tais como o bloqueio de acesso ou remoção de sites ofensivos, conjugando o efeito dissuasor sem recorrer a lei penal, no entanto, sem a ocorrência de atos desproporcionais que configurem a prática de censura pelas autoridades executivas; (c) de acordo com a necessidade, para efeitos de dissuasão, os legisladores podem também considerar a permissão do armazenamento de dados, sob controle judicial eficaz, para posterior identificação de usuários suspeitos de crimes graves. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

No terceiro grupo de resoluções, vinculado ao debate do princípio da legalidade, concluiu-se que este acaba por exigir das infrações no âmbito das TIC e do ciberespaço são definidos por lei. Refere, ainda, que isso vale também para a definição dos deveres e obrigações dos indivíduos combinados com o resultado de responsabilização penal. Nesse sentido, a resolução recomenda que a legislação empregue termos que definam a conduta proibida com a maior precisão possível, considerando ainda a necessidade de adaptação legal por conta das mudanças tecnológicas, não cabendo aos tribunais estender a interpretação sobre os termos das proibições para além do seu sentido usual. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

O quarto grupo de resoluções, comprometido com a discussão da expansão das leis penais, considerou que em muitas leis foram criminalizados meros atos preparatórios de ataques a interesses das TICs e do ciberespaço,

como a produção, distribuição e posse de malware. A expansão das leis penais é legítima na medida em que os atos preparatórios, como tais, criam um risco dano iminente. Logo, quando os atos preparatórios forem puníveis, a pena deve ser menor do que a prevista para o crime consumado. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Outros aspectos considerados no quarto grupo estão vinculados à necessidade fazer diferenciações em relação à criminalização da posse de software, a qual não deve conduzir a restrições indevidas sobre o uso legítimo de software, e ao destaque de que a mera posse e exibição de dados pode ser punido somente quando se concretizarem de forma intencional e causem danos diretos e indiretos às pessoas. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Ainda, em relação à proposta de expansão das leis penais, os provedores de serviços de TIC não deveriam ser obrigados a censurar o conteúdo por eles processado. A responsabilidade penal a esse respeito deve ser limitada a casos que os provedores são alertados, de modo confiável e específico, quanto à existência de conteúdo proibido no seu domínio, e em não havendo medidas razoáveis e imediatas para a restauração da legalidade. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

O quinto e último grupo de resoluções diz respeito à cooperação internacional, que é tema recorrente no debate relacionado aos crimes informáticos. De acordo com a proposta desse grupo, devem ser harmonizadas as políticas globais relacionadas com a justiça criminal para a proteção das redes TIC e os interesses do ciberespaço e do usuário, a fim de assegurar uma proteção eficaz, evitar discrepâncias entre os regulamentos da matéria, melhorar a cooperação internacional e evitar os conflitos de jurisdição. (PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP, 2014).

Observa-se, diante disso, que o compromisso assumido pela Associação Internacional de Direito Penal em discutir com propriedade, seriedade e responsabilidade temas hodiernos, como é o caso do direito penal na sociedade da informação, se confirma a partir dos resultados identificados no questionário, no relatório geral e nas resoluções apontadas nos colóquios preparatórios. Ademais, o conteúdo gerado a partir do debate proporcionado em tais oportunidades contribui de forma significativa para a reformulação conceitual do direito penal e a sua relação com os crimes informáticos, sobretudo pela dinâmica de evolução e transformação das condutas delituosas e dos meios aplicados para o cometimento dos crimes dessa natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há pouco mais de uma década, quando a Internet ainda ensaiava os primeiros passos em território brasileiro, o compositor brasileiro e defensor da liberdade dos direitos no ciberespaço, Gilberto Gil (ROHTER, 2007) referenciou na música “Pela Internet” uma das primeiras impressões do que a rede representava na vida dos usuários: “ Eu quero entrar na rede, Promover um debate, Juntar via Internet, Um grupo de tientes de Connecticut, [...] Eu quero entrar na rede para contatar, Os lares do Nepal e os bares do Gabão”.

Definitivamente vive-se num tempo em que a simultaneidade proporcionada pela Internet oportuniza a vivência de uma experiência revolucionária da comunicação, do relacionamento social e do consumo. No sentido apresentado por Gil, vive-se na era dos websites e a transcendência dos gigabytes nas “nuvens” com a cloud computing. Diante disso, é inegável que as relações estabelecidas no ambiente virtual carecem da análise do direito sob os prismas sociológico, hermenêutico, jurisdicional e do *modus operandi* que a tecnologia instiga a investigar.

O consumidor moderno cada vez mais procura a Internet para realizar transações comerciais, e isso ocorre por diversos fatores, como por exemplo, a otimização do tempo disponível, a tentativa de manutenção da privacidade, a amplitude na realização de pesquisas de preços.

Figura-se uma geração de indivíduos cada vez mais familiarizados com o ato de “googlear”. Sim, “googlear”, da tradução do verbo “to google”, inserido no vocabulário do inglês estadunidense após a transformação do buscador Google em uma das maiores potências em comunicação e informação do Planeta. A Internet e, sobretudo o ato de “Googlear”, trouxeram repercussões das mais diversas na vida individual e em sociedade, colocando em xeque diversos paradigmas da vida pós-moderna: o consumo, as relações sociais, a comunicação e a informação jamais serão as mesmas.

E diante de tais mudanças, é fundamental o desenvolvimento de pesquisas no âmbito do direito penal e a sociedade da informação, de modo a estabelecer um novo olhar sobre os crimes cuja origem se deu no ciberespaço ou sobre ele repercutirão os efeitos nefastos da violação de direitos. Com o estudo desenvolvido foi possível identificar uma série de vulnerabilidades latentes, desencadeadas pelo uso de tecnologias que objetivam a difusão da informação e do conhecimento a partir das TICs, que na análise proposta pela presente pesquisa reside na transformação inerente ao direito penal.

Nesse sentido, a imprecisão jurídica oferecida pelo ordenamento jurídico em escala global, sobretudo em relação à regulação do ciberespaço e à tutela penal dos crimes informáticos, acaba por sujeitar as partes e os conflitos com os quais estão envolvidas à mercê da “consciência” jurisdicional, observando-se uma distância longa do que Streck (2011) defende há tempos, como a busca por uma resposta correta e adequada à Constituição dos Estados.

Diante disso, cabe retomar a problematização da pesquisa a partir da indagação: com a finalidade propor avanços no estudo da regulação e tutela dos crimes cometidos no ciberespaço, quais foram os principais pontos de convergência e divergência apresentados pelos relatórios e resoluções da Primeira Seção preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal? Com isso a pesquisa ora desenvolvida, houve um aprofundamento da análise que considerou elementos inseridos na prática dos crimes informáticos em escala global e as iniciativas necessárias que representem uma possibilidade de resposta para as problemáticas apresentadas na Primeira Seção preparatória ao XIX Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP.

Portanto, o ciberespaço, de um modo geral, oferece novas e diferentes perspectivas e expectativas do futuro. Há um tempo, quando se assistia a um filme de ficção científica, imaginava-se o futuro que estava por vir. Agora, tem-se impressão que se aproxima da certeza de que o futuro é agora, e nesse futuro presente, indubitavelmente, é necessário promover uma imersão conceitual do Direito no ciberespaço, preservando acima de tudo os direitos fundamentais de todos os partícipes das relações estabelecidas nesse espaço.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL. **Historia de la asociación internacional de derecho penal**. Disponível em: <http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=18&lang=es>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BARLOW, John Perry. A Declaration of the independence of cyberspace. Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Sequência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 109-127, 2014.

BRASIL. **Exposição de motivos ao projeto de Lei n.º 2.126/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL AIDP. **Mensagem do presidente da associação internacional de direito penal**. Disponível em: <<http://aidp2014.org/>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

KOOPS, Bert-Jaap. The internet and its opportunities for cybercrime. **Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series**, n. 9, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1738223>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013.

LESSIG, Lawrence. **Code v2**. New York: Basic Books, 2006.

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN AIDP. **Sección I – derecho penal parte general**. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO PENAL” AIDP-IAPL, 19., 2014, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.penal.org/spip/IMG/SECTION%201%20Resolutions%20ESP.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

ROHTER, Larry. Gilberto Gil hears the future, some rights reserved. **The New**

York Times, New York, 11 Mar. 2007. Disponível em: http://www.nytimes.com/2007/03/11/arts/music/11roht.html?pagewanted=all&_r=0. Acesso em: 29 ago. 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996.

VARELLA, M. D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

VASCONCELOS, Fernando Antonio. **Internet: a responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2003.

WALL, D. S. Mapping out cybercrimes in a cyberspatial surveillant assemblage. In: WEBSTER, K.; BALL, K. (Org.). **The intensification of surveillance: crime, terrorism, and welfare in the information age**. Londres: Pluto, 2003. p. 112-136.

WEIGEND, Thomas. Cuestionario sección I – parte general. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO PENAL” AIDP-IAPL, 19., 2014, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.penal.org/IMG/pdf/Seccion_1_Esp.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2014a.

WEIGEND, Thomas. Relación general sección i – parte general. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO PENAL” AIDP-IAPL, 19., 2014, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.penal.org/spip/IMG/SECTION%20I%20General%20Report%20ESP.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014b.

Como citar: BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. Crimes informáticos: possibilidades de construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 59-78, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p59. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 29/03/2015

Aprovado em 28/08/2015

MINHA CASA, MINHA VIDA: EXTENSÃO DO DIREITO À MORADIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

MINHA CASA, MINHA VIDA: THE EXTENSION
OF THE RIGHT TO HOUSING AND
CONSTITUTIONAL PROTECTION

*Guilherme Domingos de Luca

*Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – SP (UNIVEM), Bolsista CAPES/PROSUP. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Membro dos Grupos de Pesquisas NEPI – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet e DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, ambos cadastrados no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Advogado. E-mail: guilherme.luca@uol.com.br.

** Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor e graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – SP (UNIVEM). Vice Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Centro Universitário Eurípides de Marília – SP (UNIVEM). Líder do Grupo de Pesquisa DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, cadastrado no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Advogado. E-mail: teofilo@arealeao.com.

Resumo: O trabalho em questão busca analisar o Direito à moradia sob a ótica do Programa “Minha Casa, Minha Vida”. Demonstrará as ações do Estado visando a Regularização Fundiária, em face do interesse social no combate ao déficit imobiliário, além de analisar as hipóteses de perda do imóvel. O objetivo geral do estudo é compreender se há efetividade no direito à moradia a partir da vinculação ao Programa “Minha Casa, Minha Vida”, instituído pelo advento da Lei nº 11.977/09. De forma específica, o objetivo será entender o direito do indivíduo em adquirir novo imóvel, mesmo que em determinado momento teve de dispor de outro imóvel adquirido pelo Programa em questão. Trata-se de uma pesquisa pautada no método de investigação dedutivo, cujos procedimentos técnicos adotados foram livros, doutrinas, leis e jurisprudência. Com efeito, parte-se de um estudo bibliográfico e jurídico, para a posterior abordagem do atual contexto legislativo brasileiro mediante a adoção de um ponto de partida constitucional.

Palavras-chave: Moradia. Políticas Públicas. Regularização Fundiária. Minha Casa, Minha Vida. Constituição.

Abstract: This study intends to analyze the right to housing, from the perspective of the Program “Minha Casa, Minha Vida”. It also aims to demonstrate the State’s actions to Land Regularization against social interest in order to fight the housing deficit, in addition to analyzing property loss assumptions. The overall objective of this paper is to understand if there is any effectiveness in the right to own a home provided by the Program “Minha Casa, Minha Vida”, established by enactment of Law No. 11,977/09. Specifically, the purpose of this study is to understand an individual’s right to acquire new property, even if at some point he/she had to give away another property acquired by the program. This is a research guided by the deductive reasoning of investigation, and the

technical procedures adopted were books, doctrines, laws and jurisprudence. Firstly, this study focuses on bibliographic and legal studies, advancing later to focus on the current Brazilian legal issues by adopting a constitutional point of departure.

Keywords: Housing. Public Policy. Regularization. Minha Casa, Minha Vida. Constitution.

Como citar: LUCA, Guilherme Domingos de; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Minha casa, minha vida: extensão do direito à moradia e proteção constitucional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 79-71, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p79. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão busca analisar o Direito à moradia sob a ótica do Programa Governamental brasileiro denominado “Minha Casa, Minha Vida”.

Trata-se de uma Política Pública que visa combater o grande déficit imobiliário ainda existente no Brasil, atrelada à necessidade de efetivação dos direitos e garantias sociais previstos na redação do Artigo 6º da Constituição Federal Brasileira.

O direito à moradia é um direito social dotado de inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, mas, em decorrência de inúmeras razões, ainda encontra-se distante da plena efetivação.

Diante desse contexto, fazem-se necessárias as ações do Estado na busca pela Regularização Fundiária, em face do interesse social. Ademais, a regularização fundiária está relacionada justamente à atividade a ser executada pelo Poder Público, no combate ao déficit imobiliário.

O Programa “Minha Casa, Minha Vida” tem se demonstrado, conforme será apresentado, como instrumento de regularização fundiária de interesse social no Brasil, razão pela qual justifica a sua análise, além de serem apresentados quais os requisitos necessários para fazer jus ao Direito.

Após apresentadas às mencionadas informações, o trabalho compreenderá a análise da carência do imóvel adquirido no “Programa Minha Casa, Minha Vida”. Serão, portanto, interpretadas as formas de perda do imóvel por descumprimento contratual, seja mediante venda/alienação, seja até mesmo por inadimplemento.

Feitas essas considerações, o trabalho se findará na compreensão acerca do direito de aquisição de um novo imóvel para o titular que em determinado momento dispõe do seu bem, ante as causas anteriormente explanadas, além de destacar as soluções para efetivação do direito à moradia.

Com isso, verifica-se que o objetivo geral do estudo, é compreender se há efetividade no direito à moradia a partir da vinculação ao Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pelo advento da Lei nº 11.977/09. De forma específica, o objetivo será analisar o direito do indivíduo em adquirir nova moradia, já que em determinado momento, por alguma razão, teve que dispor de outro imóvel adquirido por meio do Programa em foco.

Trata-se de uma pesquisa pautada no método de investigação dedutivo,

cujos procedimentos técnicos adotados foram livros, doutrinas, leis e jurisprudência.

Com efeito, parte-se de um estudo bibliográfico e jurídico, para posterior abordagem do atual contexto legislativo brasileiro mediante a adoção de um ponto de partida constitucional.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E DÉFICIT HABITACIONAL

Antes de suscitar qualquer consideração acerca das Políticas Públicas e a questão que envolve o déficit habitacional no Brasil, aponta-se para a análise do direito à moradia, previsto na Constituição Federal Brasileira e ressalta-se que se trata de uma garantia fundamental do ser humano, consagrada do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se trata apenas do direito à moradia, mas sim, reconhece-se o Direito à moradia digna, já que é notória a busca do homem a um lugar para sobreviver, se instalar e poder se deleitar e proclamar possuir uma residência.

Há de se considerar que a moradia digna que o homem busca a cada dia é aquela levada em alta conta por ser dotada de proteção; proporcionar a satisfação individual dos moradores, tais como conforto; estar apta para nela sobreviver, não se enquadrando as moradias inadequadas, perigosas, insalubres, etc.; há de ser adequada ao espaço onde o indivíduo mantém suas atividades; além de benéfica para a sua existência e manutenção. Ora, uma moradia onde o proprietário sequer consegue pagar suas obrigações, não pode ser elevada ao grau de adequada.

O referido direito à moradia, consiste na posse, de forma exclusiva, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção, além de resguardo ao direito de intimidade e de práticas essenciais para a vida.

Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e a constitucionalidade de sua proteção (NOLASCO, 2008, p. 88).

Diante desse contexto, percebe-se ao observar o artigo 6º da Constituição

Federal brasileira, após alteração originada de duas Emendas Constitucionais de 26, de 14.02.2000, e 64, de 04.02.2010, que o direito à moradia foi inserido no rol de direitos sociais:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 5).

Imperioso dizer que o artigo 6º da Constituição Federal, conforme acima transcrito, traz em seu bojo inúmeros comandos direcionados ao próprio Estado, visto que cabe a ele a efetivação dos direitos sociais descritos.

Assim, a moradia, inserida no rol da presente norma, constitui também uma necessidade fundamental do homem, tendo como características a sua inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, cabendo ao Estado assegurá-la, em razão da dignidade da pessoa humana (ROMANELLI, 2007, p. 54).

Além disso, cumpre consignar que a dignidade da pessoa humana traz ao homem valores que deverão ser agregados à sua vida, “valores esses instituídos pela sociedade em que vive bem ou por si próprio, que o Estado pode e consegue muitas vezes reconhecer” (POZZOLI, 2014, p. 146).

O direito à moradia é um direito social que brota da natureza moral da pessoa humana, sendo um direito simplesmente pelo fato de o homem ser humano. Cuida-se de um direito de igualdade, importante para a vida, o qual deve ser dotado de plena efetividade.

Para que esteja de forma efetiva amparado pelo artigo 6º da Constituição Federal, no que tange o direito de morar, não basta apenas que o ser humano possua uma moradia dotada de teto e paredes: “A diretiva constitucional determina que seja uma habitação digna, com um mínimo de conforto e salubridade” (AINA, 2009, p. 68).

Porém, mesmo havendo uma previsão Constitucional assegurando o direito à moradia no Brasil, as políticas públicas abrangidas na temática ainda se mostram ineficazes.

Muitos podem considerar a afirmativa anterior como equivocada, todavia as estatísticas comprovam que no país, mesmo após o advento da Política Pública

denominada como “Minha Casa, Minha Vida”, que será tratada adiante, não satisfaz ao reconhecimento da plena moradia, visto que a redução do déficit habitacional, no último ano, foi abaixo do esperado.

Por políticas públicas, entende-se tratar do campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. A definição mais célebre e enigmática acerca do assunto é de Laswell (1936), no sentido de que se tratam de decisões e análises sobre política pública, as quais implicam em responder às seguintes questões: Quem ganha? O quê? Por quê? E que diferença faz?

Em linhas gerais, definem-se as políticas públicas como:

Política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p. 26).

Portanto, há que se perceber que as políticas públicas visam obrigar o governo a praticar algo em favorecimento da população por ele governada. Os favorecimentos ocorrem a partir do momento em que o Estado, na figura de seu representante, traduz, de modo geral, suas propostas eleitorais em programas e ações que se almeja resultado na realidade. O programa “Minha Casa, Minha Vida” pode ser considerado um importante exemplo dessas políticas, criado pelo Governo Federal.

No que tange o direito de moradia, o referido programa - assim como tantos outros ao longo da história -, tem por objetivo principal a redução do chamado “déficit habitacional”:

O déficit habitacional refere-se às moradias que devem ser construídas seja para substituir os domicílios existentes que não apresentam as condições de segurança indispensáveis a seus ocupantes, seja para garantir habitação adequada

às famílias que não têm um domicílio de uso privativo (GENEVOIS; COSTA, 2001).

Desta forma, o déficit habitacional está relacionado ao número de moradias que ainda devem ser construídas no Brasil, para que então o “direito constitucional à moradia” seja efetivamente inserido e consagrado na sociedade.

Segundo dados levantados pela Fundação João Pinheiro, em parceria com o Ministério das Cidades, a partir do censo de 2010 e publicado em novembro de 2013, no Brasil, até então, há um déficit de 6940 milhões de unidades, sendo 85% na área urbana (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2013).

Percebe-se, portanto, que, no Brasil, o número de pessoas que não possuem uma residência ainda é bastante elevado, mesmo havendo políticas públicas voltadas ao direito de moradia, previsto na Constituição Federal. Trata-se de um dos maiores problemas brasileiros, agravado até mesmo pela inexistência de recursos públicos capazes de solucionar o acesso à população de baixa renda.

Alguns fatores são levados em consideração, para calcular o déficit habitacional, tais como habitações precárias ou domicílios improvisados, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel, adensamento excessivo nos domicílios alugados e problemas de legalidade fundiária urbana (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 80).

Quando tais fatores são evidenciados dentro da sociedade, aponta-se para a extrema necessidade de melhoria na infraestrutura e regularização fundiária, visto que a população sequer preenche os requisitos fundamentais para conseguir financiar a casa própria, exceto na possibilidade de se enquadrar dentro de uma política pública capaz de solucionar a controvérsia.

Com isso, não restam dúvidas do papel do Estado e das políticas públicas, visando diminuir o déficit habitacional. Fala-se, portanto, da regularização fundiária, como forma de intervenção dos entes públicos, no resguardo dos direitos de cidadania, das pessoas que vivem em áreas desprotegidas.

2 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E INTERESSE SOCIAL

No tópico anterior, demonstrou-se o direito social a moradia, bem como o papel do Estado na efetivação do respectivo Direito.

Por outro lado, ainda se evidenciou que o déficit habitacional até hoje é

uma realidade que persiste na vida de inúmeros brasileiros.

Entretanto, diante do cenário apontado, há de se investigar de modo livre e aberto acerca da chamada regularização fundiária, que é o “nome dado aos programas de intervenção pública que visam resgatar os direitos de cidadania das populações residentes em áreas urbanas degradadas” (GAZOLA, 2008, p. 117).

Diante dessas considerações, percebe-se que a regularização fundiária está relacionada à atividade a ser executada pelo Poder Público, sendo um “processo de intervenção pública, regularização jurídica, urbanística, espacial e social” (ROMANELLI, 2007, p. 107).

A razão justificadora da regularização fundiária deve-se, muitas vezes, em razão da propriedade do solo, na sua maioria, ser de cunho privado, cabendo, por isso, ao Poder Público regulamentar seu uso e apropriação, a partir de imposição de limites e regras de cunho privado, para o exercício do direito individual da propriedade.

Entretanto, há de se destacar que a regulamentação jurídica não deve ser desconsiderada. O morador titular de um terreno, lote ou terra, possui plenamente o exercício e gozo dos seus direitos. Assim, a norma jurídica o protege, no sentido de que o possuidor só terá direito pleno se obtido o título de propriedade, o que gera na mente do morador segurança derivada da garantia de que não irá perder sua propriedade por motivo vão, sem força jurídica necessária:

A proteção que o possuidor só teria, com o título de propriedade, gera no espírito do morador a garantia de não perder sua propriedade por motivo vão, ou sem força jurídica bastante, proporcionando-lhe segurança, possibilitando a realização de acessões e benfeitorias em seu imóvel e a exploração socioeconômica, além da possibilidade de tomar crédito em instituições públicas e privadas, pelo fato de ter patrimônio como garantia. A regularização jurídica faz cessar a ameaça ao exercício da posse e do direito de propriedade (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 90).

Nesse contexto, visto que a Regularização Fundiária consiste em conferir o título de propriedade, quem já possui seu bem imóvel, terá resguardado todos os seus direitos, exceto se, na conformidade do Direito, demonstre-se que o direito de propriedade tenha sido utilizado de forma contrária a lei.

Nota-se que a Administração Pública exerce importante papel na inserção da Regularização Fundiária no contexto social, em especial na regularização urbanística, do ambiente e na esfera social.

A fundamentação jurídica acerca do conceito de Regularização Fundiária encontra-se respaldada na Lei 10.257/01, conhecido como Estatuto da Cidade, bem como na Lei 11.977/09, que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, nos termos dos artigos 2º, XIV, e 46, respectivamente.

Com a referida alteração normativa, houve consecutivamente a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal Brasileira, estabelecendo diretrizes gerais para a execução de políticas urbana e regularização fundiária dos assentamentos localizados nas áreas urbanas.

Há de se falar ainda no Projeto de Lei nº 3.057/00 (artigo 2º, II), de autoria do Bispo Wanderval, e que se encontra na mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 05.03.2008, que pretende alterar a Lei 6.776/79, no que tange à conceituação de Regularização Fundiária Sustentável:

[...] o conjunto de medidas jurídicas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 2000, p. 41).

Com isso, percebe-se que a Regularização Fundiária Sustentável busca discorrer das Políticas Públicas de forma multidisciplinar, hábil, bem como oferecer emancipação econômica e social aos beneficiários.

Os programas de Regularização Fundiária, de modo geral, apenas remediaram o problema habitacional que ocorre no Brasil. De qualquer modo, seu papel é o de levar a moradia ao maior número de pessoas da sociedade, visando o fim da informalidade e efetivação do objetivo Constitucional.

Diante deste cenário, há de se destacar a Regularização Fundiária de Interesse Social, determinada no artigo 3º, da Lei 11.977/09, que prevê quem são os beneficiários do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, dentro de determinadas prioridades.

No caso em comento, a Lei que instituiu referida Regularização Fundiária

de interesse social, além de garantir aos beneficiários o direito à habitação digna, conferiu ainda, condições aos beneficiários da Política Pública, para se manter com sua família e terem acesso a todos os bens e serviços (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 95).

Com isso, segundo a redação normativa, aos beneficiários do referido Programa é assegurado o acesso aos bens e serviços como trabalho, emprego, escolas, creches, bem como às demais Políticas Públicas que com esta tiverem relação.

Portanto, a partir da concretização de Regularização Fundiária de Interesse Social, percebe-se a existências de poderes em face da Administração Pública, na promoção da justiça e correção das desigualdades econômicas, de modo que a cidade se torne um ambiente sustentável e de plena promoção ao direito pleno de moradia digna.

Dentro desse contexto, à luz da legislação vigente, quis o legislador ofertar ao administrador o maior controle dos administrados, quanto ao uso e ocupação, parcelamento do solo e até na preservação ambiental, fazendo com que o espaço urbano construído, seja aproveitado da melhor forma possível.

Analisando a Lei que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, percebe-se que houve maior permissão ao Poder Público no estabelecimento de critérios para aprovação de projetos que visassem à referida Regularização Fundiária nos denominados “assentos irregulares”, nas terras públicas ou particulares, para que assim houvesse uma otimização nas ações integradas em face da demanda local por moradia, a partir da realidade social. Essa realidade se constata dentro da análise da rua, bairro e município, tudo isso atrelado aos aspectos econômicos (BRASIL, 2009).

No que tange à Regularização Fundiária, justamente por se tratar de interesse social, há maior atenção em atender as pessoas denominadas “carentes”, atingindo, assim, a sua finalidade social.

Merece destaque a Portaria 610, de 26.12.2011, do Ministério das Cidades, a qual estabeleceu cotas como novos critérios e procedimentos para priorização dos benefícios do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, oferecendo 3% das unidades habitacionais aos idosos, bem como o mesmo percentual às pessoas com deficiência ou suas famílias, desde que não haja percentual superior previsto em Lei Municipal ou Estadual (BRASIL, 2011).

Conforme demonstrado, o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, instituído por força da Lei 11.977/2009, é o principal exemplo de Regularização

Fundiária, de interesse social, nos dias atuais. Por tais razões, faz-se necessário destacar a importância do Programa no espaço social.

3 PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA, COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Imperioso dizer que o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, tornou-se o principal instrumento de Regularização Fundiária de interesse social no Brasil.

A sua finalidade, conforme previsto no artigo 2º, da Lei 11.977/2009, que implantou o programa, demonstra haver criado mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até dez salários mínimos, residentes em todo o território Nacional (BRASIL, 2009).

O programa em questão, refere-se a um conjunto de soluções que visam resolver os problemas de déficit habitacional no Brasil, cuja instituição visou abranger o Programa Nacional de Habitação Urbana e o Programa nacional de Habitação Rural.

O objetivo principal do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, além de pretender diminuir o déficit habitacional, visa implantar subsídios governamentais a serem utilizados pelas famílias de baixa renda, tanto nas áreas urbanas como nas áreas rurais.

É certo que a Lei em comento recomenda também a criação de Políticas Públicas, com o objetivo de proporcionar bem-estar e sustentabilidade aos municípios. , merece serem destacados os principais pontos que o Programa “Minha Casa, Minha Vida” tem por objetivo desde a sua criação:

- a) Os problemas de infraestrutura e saneamento básico das residências existentes, ao combater o déficit por reposição de estoque, via concessão de subsídios às famílias.
- b) Regularizar a questão fundiária das moradias em terrenos invadidos ou em áreas públicas, pela diminuição do valor de custas/emolumentos cartorários ou da exigência de legalização de matrículas nos cartórios de registro de imóveis, com a preferência pelo registro do imóvel no nome da mulher.
- c) Aumentar a oferta de unidades habitacionais, facilitando o acesso aos recursos do BNDES e dos fundos instituídos

pelo PMCMV por parte das construtoras, visando diminuir o déficit por incremento de estoque. d) Eliminar a “elitização” dos financiamentos imobiliários ao conceder subsídios às classes sociais mais pobres, sobretudo aquelas com renda mensal de até três salários mínimos e que em geral não têm acesso aos recursos do FGTS. e) Resolver os aspectos técnicos da construção de novas moradias, ao determinar padrões de construção, impor limites para a construção de unidades habitacionais por empreendimento e exigir uma infraestrutura urbana mínima para aprovação dos projetos e liberação dos recursos (D’AMICO, 2011, p. 47).

Nesse contexto, nota-se que todos os pontos tratados pela Lei 11.977/09 encontram-se fundamentado, principalmente, na questão do déficit habitacional, buscando satisfazer a todos quanto ao direito pleno a moradia, regularização da falta de infraestrutura e saneamento básico, aumentando a oferta habitacional e o alcance aos recursos disponíveis, bem como procura eliminar a denominada elitização de financiamentos imobiliários, que até então era tratado como uma inerência aos mais favorecidos.

Por outro lado, há quem discorde da criação da norma mencionada, afirmando que o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, sob uma política de cunho mercadológico, teria sido criado com o objetivo apenas de satisfazer transações econômicas do mercado, aquecendo sobretudo o setor imobiliário e da construção. Aceita-se que o Programa tornou-se uma política para “estimular o setor da construção civil, tradicionalmente um setor que emprega grande quantidade de mão de obra de baixa qualificação e que tem uma grande participação no PIB do país” (D’AMICO, 2011, p.47):

Assim o Programa Minha Casa Minha Vida, ganhou enorme evidência em relação à política de regularização fundiária urbana pelo seu cunho mercadológico, com finalidade de criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), compreendendo os seguintes subprogramas:

Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU; e Programa Nacional de Habitação Rural – PNHR (MENDES, 2013, p. 8).

Percebe-se também que o Programa “Minha Casa, Minha Vida” exerceu importante impacto na política atual. Foi matéria, inclusive, de debates durante nas últimas eleições Presidenciais do ano de 2014.

Não obstante, trata-se de instrumento para uma Regularização Fundiária de Interesse Social, que foi usada tanto para aquecer a economia imobiliária e da construção como também é uma forma de ofertar acesso à moradia às pessoas consideradas de baixa renda, dentro dos critérios legais estipulados.

Segundo levantamentos publicados pelo Ministério do Planejamento, do período compreendido entre 2009 até o final de 2013, já haviam sido contratados mais de dois milhões de moradias por meio do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, sendo que 1,4 milhões de residências já haviam sido entregues (BRASIL, 2013).

Vale ressaltar que o objetivo central dessas Políticas Públicas é proporcionar ao cidadão o acesso à moradia, conforme previsão do caput do artigo 6º, da Constituição Federal. Assim, deve ser diferenciado o acesso à moradia do acesso ao título imobiliário.

À luz da Lei 11.977/09, para que o cidadão tenha direito de participar do Programa, deverá se enquadrar dentro de determinadas faixas de rendas previstas, para investimentos previamente estipulados, sendo que a seleção dos beneficiários será de responsabilidade dos Municípios. Quanto aos recursos, estes são originados dos orçamentos do Ministério das Cidades, repassados para a Caixa Econômica Federal, que atua como agente operacional do programa (BRASIL, 2009).

O Programa “Minha Casa, Minha Vida”, sem dúvida alguma, é um modelo de Regularização Fundiária Social, efetivada pelo Estado. Caso ocorra omissão na sua execução, o Judiciário deve ser provocado, como forma de estabelecer cronogramas e assegurar o direito social à moradia digna.

Após a conquista deste direito, cabe ao seu titular adequar-se a todas as exigências legais, desde o de respeitar a função social da propriedade, como também ao cumprimento das obrigações, para assim poder usar, gozar e dispor, corretamente, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil.

Por outro lado, aquele titular do direito à moradia que não agir de forma adequada, poderá perder seu bem, ou agindo corretamente, poderá dele dispor,

conforme pautado na norma Civil.

4 CARÊNCIA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA

Depois de cumprido os requisitos previstos na redação da Lei 11.977/09, para fazer jus ao benefício do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, o titular do imóvel, que terá acesso à moradia, torna-se titular de direitos e deveres. Uma vez exercido esse direito de forma legal, o imóvel terá titularidade exclusiva, cabendo ao proprietário todas as proteções previstas pela norma jurídica.

Por outro lado, uma vez descumpridas as regras previamente estabelecidas pelo Programa, tais como o descumprimento de cláusula contratual pertinente, como inadimplemento, desvio de finalidade do imóvel, bem como a alienação, tratando-se de imóvel já adquirido, surgirá a possibilidade de perda do Direito Constitucional à moradia.

Há de se consignar que na referida Política Pública, o imóvel é dado como garantia de pagamento ao financiamento feito junto à instituição financeira. Assim, o titular do bem pode morar na casa com a família, durante toda a vigência do contrato, mas não pode vender, alugar ou deixar de pagar as prestações ou descumprir as regras, até que o contrato dessa casa termine ou seja pago todo o valor devido (BRASIL, 2015).

Vale reiterar que a “Minha Casa, Minha Vida” é uma Política Pública que visa oferecer moradia para aquele que até então não detém um lugar para morar. Assim, mostra-se incoerente o Programa ao prestigiar aqueles que possuem apenas o desejo econômico, tais como objetivem somente obter aluguel ou revender o bem obtido.

Por sua vez, no que diz respeito à venda, os beneficiários das denominadas faixas de renda 2 e 3, por serem operações de mercados, nada impede a venda, diferente aos de faixa de renda 1, considerada a classe mais baixa.

A Política Urbana do Programa governamental deve privilegiar, na sua essência, aqueles que não possuem qualquer tipo de imóvel:

Ao Poder Público atribui-se a incumbência de implantar e desenvolver política habitacional e urbana, a fim de remover o quadro de desigualdade social e territorial nas cidades. A esses grupos informais vulneráveis deve-se desenvolver

política urbana inclusiva prevista na legislação, no Estatuto da Cidade, em especial no Plano Diretor Municipal (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 101).

Desse modo, as ações afirmativas do Estado, as quais visam combater o déficit habitacional, não compartilham da ideia de se obter lucros a partir do benefício concedido à população. Com isso, havendo uso indevido deste imóvel, tal como aluguel ou aquisição para venda, não há razão para o beneficiário se manter em condição privilegiada, atendidas pelos critérios inseridos na Lei nº 11.977/09, podendo o Estado antecipar a exigência da dívida financiada e impor sanções, conforme previsão dos artigos a seguir:

Art. 7º Em casos de utilização dos recursos de que tratam os incisos I, II e III do art. 2º em finalidade diversa da definida nesta Lei, ou em desconformidade ao disposto nos arts. 6º, 6º-A e 6º-B, será exigida a devolução ao erário do valor da subvenção concedida, acrescido de juros e atualização monetária, com base na remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão, sem prejuízo das penalidades previstas em lei (BRASIL, 2009).

Art. 14. Em casos de utilização dos recursos de que trata o art. 11 em finalidade diversa da definida nesta Lei, ou em desconformidade ao disposto no art. 13, será exigida a devolução ao erário do valor da subvenção concedida, acrescido de juros e atualização monetária, com base na remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão, sem prejuízo das penalidades previstas em lei (BRASIL, 2009).

Ora, a previsão estipulada em lei, por meio dos dispositivos transcritos, evidencia a correta punição para aquele que desvirtua a finalidade do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, objetivando a obtenção de lucros. A razão que justifica a quebra contratual, nessa hipótese, é a aplicação do princípio da “boa-fé”.

É certo que, nos contratos, a boa-fé deve ser consagrada, assim como nas demais relações jurídicas, “isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da

justiça, da equivalência das prestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres” (RIZZARDO, 2010, p. 32).

Há outra forma muito comum de carência do imóvel adquirido no referido programa. Versa sobre o inadimplemento das obrigações. Conforme previsão legal, tal fato pode ocasionar a quebra contratual e exigência antecipada das obrigações, a partir do momento em que o proprietário do imóvel deixa de pagar duas ou mais prestações (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, há de se notar que o Estado, visando combater os problemas em razão da ausência de moradia, oferece meios para que a população tenha acesso a este direito fundamental.

Entretanto, muito embora esse direito seja considerado fundamental, há quem o classifica como subjetivo, ante ao fato de ser de baixa densidade, faltando forças para que produza efeitos imediatos, razão pela qual muitas vezes o titular abre mão do gozo e exercício do seu direito.

5 MINHA CASA, MINHA VIDA E AQUISIÇÃO DE NOVO IMÓVEL ANTE A VEDAÇÃO NORMATIVA

Conforme demonstrado no tópico anterior, a Lei 11.977/09 permite ao titular do Benefício do Programa Habitacional Minha Casa, Minha Vida, dispor de seu imóvel. Prevê ainda, situações onde o titular poderá perder o seu bem, de forma involuntária, ante ao não cumprimento de normas e regras contratuais.

Além do mais, aquele que perdeu o imóvel não poderá adquirir outro imóvel com os descontos e as vantagens ofertadas pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida” (BRASIL, 2015).

A partir de uma análise preliminar, percebe-se que o Estado visa assegurar a regularidade nos contratos firmados a partir do benefício concedido pela Política Pública. Porém, há que se notar que em caso de o titular dispor do imóvel por culpa do adquirente, este não mais terá direito a novo benefício.

Diante disso, pondera-se que a rigidez da norma quanto à necessidade de se cumprir o contrato se apresenta em decorrência da urgência em se reduzir o déficit habitacional, que, mesmo nos dias atuais, mostra-se elevado, conforme já mencionado.

Todavia, há de se enfrentar a seguinte situação: muito embora o titular do bem tenha dele disposto, seja pela venda ou em razão da quebra contratual decorrente do inadimplemento das obrigações, o seu direito fundamental à

moradia permanece inalienável, irrenunciável e imprescritível, uma vez que se encontra resguardado na redação do artigo 6º, da Constituição Federal. Assim, mesmo que o titular tenha se desfeito de determinado bem derivado do Programa, o direito à moradia digna se mantém.

Desta forma, a partir do momento em que a Lei, ao apresentar as diretrizes do Programa, limita o acesso das pessoas, obstando-as a que consigam atingir a finalidade do primeiro contrato, as quais não conseguirão celebrar, portanto, outro contrato, está impedindo o acesso ao direito fundamental de moradia.

Ocorre, conforme já mencionado no tópico anterior, que parte da doutrina jurídica classifica os direitos sociais, como direitos subjetivos. Assim, posto que o direito à moradia é um direito social, também será considerado como um direito subjetivo.

Aponta-se, para a classificação dos direitos levantada por Canotilho (2003, p.476), que, ao discorrer acerca dos direitos sociais em suas dimensões subjetivas e objetivas, entende que eles geram autênticos direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justicialidade e exequibilidade.

Ademais, há quem considere os direitos sociais como de baixa densidade. Faltam-lhes, pois, força para que produzam efeitos imediatos, que muitas vezes são supostos ou esperados pelos menos avisados. A partir do momento que se identifica a dimensão objetiva e subjetiva dos direitos sociais, aponta-se para a revelação de suas formas:

Imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos; e fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais (CANOTILHO, 2003, p. 476).

Desde o momento em que a Carta Constitucional estabeleceu de forma objetiva um determinado direito social, criou-se o dever imposto ao legislador ordinário de, em cumprimento da norma constitucional, agir quer positivamente, quer negativamente,

O agir positivamente se verifica se e quando ao se implantar a norma,

material e concretamente em consonância com a redação constitucional, por outra lei ou pelas Políticas Públicas capazes de implementá-las.

Quanto ao agir negativamente, acontece quando há a relação de dever geral de abstenção, individual e coletivo, para que nenhuma norma infraconstitucional contrarie o comando Constitucional, sob pena de ser declarada, consecutivamente, inconstitucional.

No que tange ao direito à moradia, não há na Constituição nenhuma norma que estabeleça como sendo um direito público subjetivo. Contudo, há inúmeras normas de atribuição de competência. Ainda que se trate de um direito de baixa densidade, as normas previstas nos artigos 21 e 23 da Constituição autorizam que o particular, particulares ou até mesmo os grupos de pessoas lesadas, atuem na proteção do direito à moradia, o que leva à conclusão da existência de um direito subjetivo.

Os direitos sociais, no caso o direito à moradia, embora apresentem-se como direitos objetivos de baixa densidade, por se tratar de garantia fundamental, em caso de violação, emerge ao particular, o direito subjetivo, porquanto lhe é dado o poder de invocar a norma em seu favor. Os legitimados a determinada tutela em razão da violação do direito à moradia, poderão pleitear perante o próprio transgressor do direito social, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.

Partindo-se para a seara do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, nota-se que, mesmo havendo uma previsão legal quanto à Política Pública que nega o acesso a novo benefício para aquele que dispôs do bem em determinado momento, ante seu direito objetivo à moradia, cabe a ele ainda exercer o seu direito subjetivo, que lhe abre a oportunidade de pleitear sua garantia constitucional a esse direito por meio judicial.

Nessa linha, cumpre consignar que não cabe à Lei Infraconstitucional vedar o acesso à moradia, em decorrência de um descumprimento por parte do proprietário do imóvel. Sabe-se que os contratos celebrados por meio de financiamento imobiliário, em especial pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”, perduram ao longo de inúmeros anos. Neste período, muitos fatos jurídicos naturais ou fatos jurídicos podem acontecer, tais como a morte, o desemprego, um terremoto, uma enchente, uma revolução, ou qualquer outro tipo de crise econômico-financeira grave, enfim, um ou outro que venha a ensejar o inadimplemento e/ou descumprimento do pacto.

Não se mostra correta, além de exigência antecipada das obrigações

do contrato, consecutiva quebra e perda do bem, com a proibição do antigo proprietário ter acesso a novo benefício, com evidente violação ao direito social, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por direito à moradia, percebe-se tratar da posse, de forma exclusiva, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção, além de resguardo ao direito de intimidade e de práticas essenciais para a vida. Trata-se de uma previsão Constitucional, que conforme já mencionada, está disposta na redação do artigo 6º da Constituição Federal. Entretanto, a moradia prevista na redação Constitucional, além de ser constituída de teto e parede, deve possuir ainda garantias mínimas para que a sobrevivência do ser humano ocorra de forma digna.

Por outro lado, mesmo havendo uma positivação Constitucional, as estatísticas demonstram que o déficit imobiliário ainda é uma realidade persistente no ordenamento jurídico, razão pela qual justifica a inserção de Regularização Fundiária de interesse social, tal como ocorre com o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, inserido a partir do advento da Lei 11.977/2011.

Para que o cidadão tenha direito de participar deste Programa, que proporciona condições especiais para financiamento do imóvel, podendo o comprador se valer do próprio bem como garantia da dívida, deverá se enquadrar dentro de determinadas faixas de rendas previstas, para determinados investimentos, sendo que a seleção dos beneficiários será de responsabilidade dos Municípios.

Por outro lado, após a aquisição do imóvel, foi possível perceber ao longo da análise, que em determinadas hipóteses, tais como descumprimento contratual, inadimplência ou até mesmo por desvio de finalidade, poderá o proprietário perder o benefício da Política Pública, de modo que se antecipará a cobrança de todo o valor devido no contrato de financiamento, além da perda do subsídio.

A Lei 11.977/2011 expõe que aquele que perdeu o imóvel, não poderá adquirir outro imóvel com os descontos e vantagens ofertadas pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”.

Todavia, a referida regra, muitas vezes, se mostra infringente ao texto Constitucional. Muito embora o titular tenha disposto do bem, seja por meio

da venda, seja em razão da quebra contratual decorrente do inadimplemento das obrigações, o seu direito fundamental à moradia não pode ser excluído, permanece, pois, com seus atributos: inalienável, irrenunciável e imprescritível.

Há quem considera o direito à moradia como de baixa densidade, por faltar-lhe força para que produza efeitos imediatos, que, muitas vezes, tidos como supostos ou esperados pelos menos avisados. Todavia, imperioso dizer, que mesmo em se tratando de direito de baixa densidade, a sua proteção é regulada pela Constituição Federal. Em caso de violação, emerge ao particular o direito subjetivo, que é o poder de invocar a norma em seu favor. Os legitimados a determinada tutela em razão da violação do direito à moradia poderão pleitear perante o próprio transgressor do direito social, seja por via administrativa, seja por via judicial.

No que tange ao Programa “Minha Casa, Minha Vida”, mesmo havendo uma previsão legal quanto à Política Pública que nega o acesso ao novo benefício para aquele que dispôs do bem em determinado momento, em razão da exigência de efetivação de um Direito Constitucional, ante ao seu direito objetivo à moradia, cabe a ele exercer a tutela subjetiva, podendo, assim, pleitear suas garantias na seara judicial.

Não cabe à Lei Infraconstitucional vedar o acesso à moradia, diante da ocorrência de um descumprimento por parte do proprietário do imóvel. Sabe-se que os contratos celebrados por meio de financiamento imobiliário, em especial pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”, perduram ao longo de inúmeros anos. Neste período, variados fatos de efeitos jurídicos podem acontecer, tais como a morte, o desemprego, uma guerra civil, ou qualquer outro tipo de crise econômico-financeira grave, em suma, um ou outro que cause ou motive o inadimplemento e/ou descumprimento do contrato.

Por fim, conclui-se que não se mostra correta, além de exigência antecipada das obrigações do contrato, consecutiva quebra e perda do bem, proibir que o antigo proprietário tenha acesso ao novo benefício, sob a manifesta iminência de ocorrer violação ao direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito**

fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário do bem de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei 11.977 de 07.07.2009. **Institui o Programa Minha Casa, Minha Vida**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Ministério do Planejamento. **Minha Casa, Minha Vida já entregou 1,4 milhões de casas pelo país**. Brasília, 09 dez. 2013. Disponível em: <www.pac.gov.br/noticia/22141600>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Poder Executivo. Ministério das Cidades. **Portaria 610 de 26.12.2011**. Disponível em: <<http://www.cehap.pb.gov.br/arqs/legislacao/original/201211141045100000009040.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.057 de 18 de maio de 2000**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAI2000.pdf#page=89>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

D'AMICO, Fabiano. O Programa Minha Casa Minha Vida e a Caixa Econômica Federal. In: COSTA, Juliana Camargos. **O desenvolvimento econômico brasileiro e a Caixa**. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, Caixa Econômica Federal, 2011.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Deficit habitacional municipal no Brasil 2010**. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/deficit-habitacional/216-deficit-habitacional-municipal-no-brasil-2010/file>. Acesso em: 10 mar. 2015.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: Teoria e prática.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GENEVOIS, Marie Louise Bulhões Pedreira; COSTA, Olavo Viana. **Carência habitacional e déficit de moradias: Questões Metodológicas.** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 15, n.1, p. 73-84, 2001.

LASWELL, Harold Dwight. **Politics: who gets what, when, how.** Cleveland, Meridian Books, 1936.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentença por etapas.** Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Responsabilidade consumerista da instituição financeira pela qualidade das unidades habitacionais do Programa Minha Casa Minha Vida.** In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. 25 Anos da Constituição cidadã: Os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia.** São Paulo: Pillares, 2008.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional: da dignidade humana ao direito fraterno.** Revista Faculdade de Direito PUCSP, v. 2, p. 143-153, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura.** Sociologias (UFRGS), Porto Alegre, v. 8, n.16, p. 20-45, 2006.

Como citar: LUCA, Guilherme Domingos de; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo

de Arêa. Minha casa, minha vida: extensão do direito à moradia e proteção constitucional. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 79-71, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p79. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 10/05/2015

Aprovado em 11/02/2016

AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

CONSTITUTIONAL GAPS AND THE LAW AS INTEGRITY: ANALYSIS OF A CASE

* Bruno Amaro Lacerda

**Juliana Martins de Sá Müller

Resumo: Este artigo discute a possibilidade de reconhecimento de lacunas constitucionais a partir de uma visão do Direito como integridade. A proposta é pensar a relação entre lacunas e integridade a partir de uma controvérsia jurídica bastante conhecida, a referente à viabilidade constitucional das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, reconhecidas pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade nº 4277. O intuito é mostrar que as decisões proferidas, incluindo a do STF e as de outros Tribunais que o precederam no exame da questão, foram erroneamente justificadas com o recurso à ideia de preenchimento de uma lacuna, escapando assim aos limites de uma argumentação judicialmente adequada.

Palavras-chave: Lacunas; Integridade; Ativismo judicial.

Abstract: This paper discusses the possible recognition of constitutional gaps and loopholes, using the perspective of law as integrity. The objective of this study is to deliberate about the connection between constitutional gaps and integrity using a famous legal controversy: the constitutional viability of same-sex unions, decided by the Brazilian Supreme Court on the Direct Unconstitutionality Action No. 4277. Therefore, what we aim to show is that, while examining the issue, the rulings of the Supreme Court's and other courts were falsely justified based on answers for the constitutional gap, which escaped the limits of appropriate judicial reasoning.

Keywords: Gaps; Integrity; Judicial activism.

Como citar: LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto III da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: brunoalacerda@ig.com.br.

** Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: julianamartinsmuller@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, equiparando-a ao casamento para fins de proteção jurídica. Posteriormente, ela foi regulamentada pela Lei 9.278/96 e reafirmada pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Os pares homossexuais, não abrangidos por essas leis, clamaram então por igualdade de tratamento e começaram a buscar o reconhecimento jurídico de suas uniões, com a questão chegando até o Supremo Tribunal Federal.

Em 05 de maio de 2011, o STF deu provimento ao pedido aduzido na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dentre os argumentos utilizados estavam o respeito à liberdade individual e o direito fundamental à igualdade. Mas, antes da decisão do Supremo, os tribunais brasileiros já vinham enfrentando o problema. Diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, os juízes necessitavam de um critério seguro para prolatarem decisões justas. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), repetidas vezes (como se pode ver nos processos de números 70003967676, 70030880603 e 70018971804), solucionou os casos que lhe chegaram com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito (como prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), o que indica que tratavam a questão como uma lacuna, mais especificamente uma lacuna da Constituição.

Isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais? Sustenta-se comumente que os conteúdos que faltam na Constituição foram omitidos pelo poder constituinte originário conscientemente: seriam, assim, lacunas no sentido político e não no sentido normativo, e por essa razão os juízes não estariam autorizados a supri-las. Deste modo, tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois estas só se dão infraconstitucionalmente.

Além disso, a Constituição é a norma que determina as competências dos magistrados e, se fosse aceita a existência das referidas lacunas, a adoção dos critérios da LINDB daria aos juízes um poder normativo equiparado ao do constituinte derivado. Deste modo, preencher o que é considerado ausente na Constituição é uma pretensão que, como procuraremos mostrar, não cabe ao Judiciário, mas ao Legislativo, na sua condição de reformador do texto constitucional.

Para sustentar esse argumento, parte-se da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Justifica-se a escolha desse marco teórico por sua colocação de que o direito deve ser íntegro, tanto no seu processo de criação quanto no de aplicação. A integridade impõe coerência de princípios em ambas as situações, determinando que o Estado atue sempre balizado por um conjunto moral único e coerente. Com base na ideia de integridade pode-se também distinguir os argumentos de política dos argumentos de princípio, sendo que o direito deve se pautar nestes e não naqueles, inclusive no que tange à colmatação de lacunas. A pergunta que se coloca, portanto, é: as razões invocadas pelo Judiciário nas soluções dadas à questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo atendem às exigências de integridade do direito?

1 A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA E A QUESTÃO DAS LACUNAS

A ciência do direito não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, influenciando na realidade: tem caráter tanto informativo quanto diretivo. Seu objeto de estudo é o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflitos, cria normas para solucioná-los, decide-os, renega sua decisão etc. A cientificidade do direito apresenta-se, a partir disso, como zetética ou dogmática. As questões zetéticas têm função especulativa, acentuando o aspecto pergunta; dessa forma, conceitos básicos, premissas e princípios estão sempre abertos à dúvida. As questões dogmáticas, por sua vez, têm função diretiva e acentuam o aspecto resposta; as premissas são, ao menos temporariamente, inquestionáveis; por isso, diz-se que a dogmática jurídica é dependente do princípio da inegabilidade dos pontos de partida.

Ferraz Júnior (2003, p. 91) afirma que a ciência do direito envolve sempre um problema de decidibilidade dos conflitos sociais e, nesse intuito, articula-se em três diferentes modelos. Ao primeiro dá-se o nome de analítico, tendo em vista que encara a decidibilidade como relação hipotética de conflitos e decisões, determinando suas condições de adequação; pressupõe o homem como um ser dotado de necessidades, as quais revelam interesses que devem ser sistematizados por regras. O segundo modelo é chamado empírico, pois vê a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético; o ser humano aparece como um ser dotado de funções, adaptando-se às exigências de seu ambiente, e a ciência, nesse caso, é pensada como um sistema explicativo do comportamento humano controlado

por normas. Por fim, o terceiro modelo recebe o nome de hermenêutico, uma vez que analisa a decidibilidade a partir do ângulo de sua relevância significativa, tratando da relação entre a hipótese de conflito e a de decisão pelo viés do seu sentido; o homem é então tomado como um ser cujo agir tem um significado e a ciência do direito se assume, diante disso, como atividade interpretativa.

Assim, a interpretação tem extrema relevância para o direito, pois as normas só adquirem sentido quando interpretadas. O instrumento utilizado pelo jurista é a linguagem e, por isso, a determinação de seu sentido impõe que seja escolhido um significado em detrimento dos demais, sendo estes neutralizados. Portanto, o jurista é responsável não só por conhecer o texto, mas também por delimitá-lo, precisando sua força e alcance. Existem diversos problemas de indeterminação normativa e cabe àqueles que atuam no Judiciário resolvê-los. Para Hans Kelsen (2003), essa indeterminação pode ser intencional ou não-intencional. A primeira diz respeito à vontade do legislador, que pode deixar certas questões em aberto, e a segunda ocorre por ser a linguagem humana plurívoca e, assim, comportar várias interpretações.

Antes de Kelsen, buscava-se uma teoria dogmática da interpretação, marcadamente mecanicista. Esta posição não ganhou força com sua obra, pois ele se colocou de forma contrária a uma teoria objetiva da interpretação, por não acreditar num meio de se chegar a uma interpretação única, mais correta que as demais. Ele explica que a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Para ele, o direito a ser aplicado forma uma moldura que guarda em seu quadro as várias possibilidades de interpretação a serem escolhidas pelo órgão aplicador. A escolha que elege a possibilidade considerada mais adequada dentre as demais na norma-quadro é um fato que combina uma operação de conhecimento jurídico com um ato de vontade do aplicador do direito.

Esse conhecimento e a escolha que o sucede não podem ser pensados apartados do objeto que se deseja interpretar/aplicar. Raul Canosa Usera afirma que a matéria objeto de cada interpretação é o que efetivamente determina, dentre as possibilidades existentes, o caráter do trabalho hermenêutico que sobre ela recai. Cada tarefa interpretativa tem, assim, suas especificidades (CANOSA USERA, 1988, p. 55).

Enfocando a interpretação constitucional, deve-se ressaltar que as disposições da Constituição regulam situações eminentemente políticas. Isso confere personalidade ao texto fundamental e justifica sua compreensão por meio de uma dogmática específica, diferente da utilizada nos demais ramos do

direito. O que não implica dizer que a hermenêutica constitucional se enquadre na interpretação intuitiva: seu viés político não faz sucumbir a juridicidade da interpretação (CANOSA USERA, 1988, p. 56).

Tem-se, assim, uma interpretação especializada, porque o objeto interpretativo é de caráter especial. Canosa Usera enumera duas características que marcam essa especialidade: a) a Constituição é fundadora do Estado e estabelece o modo de funcionamento do ordenamento jurídico; b) ela tem eficácia normativa vinculante e necessária abstração sobre as demais normas do ordenamento. Deste modo, devido ao seu grande campo de atuação, há que se levar em conta, para sua melhor compreensão, a ideologia constitucionalmente adotada.

Com o movimento de constitucionalização, todos os ramos do direito se voltaram para a Constituição, que passou a ser o norte de todo o sistema jurídico. Sabendo-se que ela é o centro do ordenamento, há que se discutir, então, em que este consiste. A noção de ordenamento foi introduzida pelos positivistas e refere-se a um conjunto de normas, embora não se limite a isso. Ferraz Júnior (2003) descreve o ordenamento jurídico como um sistema cuja forma combina elementos normativos e não-normativos. Ele é um sistema dinâmico, sem conteúdos pré-fixados. A dinamicidade é proporcionada por uma norma que dispõe sobre a forma de criação das outras normas, permitindo a evolução do sistema. A esse ordenamento são atribuídas três características: a unidade, a coerência e a completude, objetivando-se que ele seja coeso, sem antinomias e completo.

Sua unidade é fornecida pela norma fundamental, pressuposto que todos devem respeitar. A coerência, por sua vez, ocorre quando o ordenamento é livre de antinomias, que se dão quando há normas versando de forma contrária sobre dada situação, no mesmo âmbito de validade. Quanto à completude, ela diz respeito ao ordenamento sem lacunas, havendo uma norma para cada caso ou um meio de suprimir-lhe a falta. Essa característica relaciona-se à concepção do ordenamento como um sistema dinâmico, tendo em vista que o sistema evolui conforme interessa à sociedade e aos seus padrões normativos.

As lacunas, assim, são problemas jurídico-políticos, caracterizados por um descompasso entre a produção normativa estatal, o litígio jurisdicionalizado e a dinâmica social. As relações sociais e seus conflitos, objetos de análise da ciência do direito, estão em contínua transformação, o que não é acompanhado pelo exercício estatal de positivação das normas.

Começa-se a falar em lacunas a partir da centralização do poder nas mãos

do Estado, pois este traz a onipresença do legislador e seu domínio na produção de normas, deixando de lado formas não estatais de criação do direito, como os costumes. Nesse contexto, o Legislativo passa a ter de observar os anseios da população, mas sua produção normativa é dissonante quando comparada ao rápido avanço social. Portanto, à medida que a legislação envelhece, torna-se deficiente e apresenta lacunas.

Há que se observar que “lacuna” e “silêncio da lei” não são expressões sinônimas. Quando o legislador não inclui, intencionalmente, certa disposição em lei, tem-se aí um silêncio eloquente (LARENZ, 2001, p. 363), o que não deixa de ser uma forma proibitiva ou, ao menos, não permissiva de direitos.

Deve-se falar em lacuna somente quando falta ao ordenamento uma regra que não foi deixada ao “espaço livre do direito” (LARENZ, 2001, p. 364), situação esta que se dá quando a ordem jurídica renuncia conscientemente a uma valoração para deixá-la aberta à moral individual. Por mais que possa ser duvidosa a delimitação do que está contido nesse espaço livre e o que constitui a esfera de necessária regulação jurídica, essa distinção é relevante, pois somente o que falta no segundo âmbito é que pode ser chamado propriamente de lacuna.

Há várias espécies de lacunas, como as intencionais e as não intencionais, as manifestas e as ocultas, e as iniciais e as posteriores. Mas se destacam dois tipos fundamentais, citadas por Zitelmann como autênticas e não autênticas, as quais Larenz nomeia como lacunas normativas e lacunas de regulação e a maioria da doutrina chama de próprias e impróprias.

As primeiras dizem respeito à incompletude de determinada norma, que acontece quando, a partir da lei, não pode ser encontrada uma decisão. É uma lacuna do sistema ou de parte dele. Esse tipo de lacuna pode ser eliminada pela aplicação das leis vigentes e é facilmente colmatada por meio da atuação do intérprete.

Já as segundas vinculam-se à falta de uma almejada regulação para uma questão específica. Há um fato típico previsto em lei, mas a solução ligada a ele não é a desejável. Como ensina Norberto Bobbio, esse tipo de lacuna deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Para que possam ser eliminadas, necessitam da formulação de novas normas e só podem ser completadas pela ação do legislador (BOBBIO, 1994, p. 140). Todo sistema jurídico é permeado por lacunas ideológicas, uma vez que o ordenamento positivado não é perfeito e, como dito, sua produção não acompanha os anseios sociais, situação que faz com que inconformidades desse tipo apareçam com frequência.

A partir dessa classificação infere-se o que é realmente uma lacuna: a lacuna autêntica, normativa, própria. O outro tipo, que diz respeito à incompletude do sistema comparado a um sistema ideal, traz ausências e incompletudes ideológicas, com as quais os juristas não deveriam se preocupar, pois trazem em seu bojo questões estritamente políticas.

Se a lei contiver lacunas próprias, a faculdade de desenvolver os direitos compete indiscutivelmente ao Judiciário, que deve se utilizar da dogmática hermenêutica para preenchê-las. O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, deixa claro que o juiz não pode se escusar de resolver um caso devido à ocorrência de uma lacuna. O artigo 4º da LINDB dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Com isso, reconhece-se que o ordenamento não precisa ser preventivamente completo, pois é completável (BOBBIO, 1994, p. 119). Ressalte-se, mais uma vez, que a utilização da teoria da interpretação pelo Judiciário para a supressão de lacunas diz respeito apenas aos casos em que se tem efetivamente uma lacuna, ou seja, não se aplica às chamadas lacunas ideológicas.

Voltando ao campo constitucional, pode-se falar em lacunas, tendo em vista que, nesse ponto, o sistema é especializado? Para responder a essa indagação, faz-se necessário abordar o marco teórico escolhido.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O direito é um fenômeno social de prática argumentativa, cujo objetivo é solucionar conflitos. Para isso, diz Dworkin (2003, p. XI), ele deve ser entendido de modo a garantir um equilíbrio entre a jurisdição e a justificativa para sua prática, o que se dá por meio de uma interpretação construtiva. Esta consiste em impor um propósito ao objeto, a fim de torná-lo o melhor possível. Para que se cumpra essa tarefa, há que se levar em consideração sua história, pois esta exerce uma espécie de coerção sobre as interpretações disponíveis.

Sendo o direito um conceito interpretativo, deve-se considerar que seu aplicador avalia o procedimento de aplicação numa perspectiva de construção institucional de princípios morais. Dada a importância dos aspectos morais, Dworkin procura demonstrar a relação entre direito e moral colocando o primeiro como um departamento da segunda, embora sejam substancialmente distintos. Observando essa complementaridade e partindo do fato de que o

escopo central do direito é a justificação das decisões institucionais, ele elabora a concepção do direito como integridade. Proposta que passa, necessariamente, pela análise crítica das correntes convencionalista e pragmatista.

O convencionalismo apresenta uma visão retrospectiva do direito, apresentando-o preso aos precedentes, dependente de convenções jurídicas, formas normativas pré-estruturadas e com grande rigidez interpretativa. Os convencionalistas entendem que o direito se encerra nas convenções preestabelecidas pelo legislador, resumindo-o à aplicação de tais convenções ao momento presente.

A tentativa do convencionalismo de se apoiar nos precedentes, reduzindo a ideia de direito às decisões do passado, esvazia-se quando o juiz tem diante de si um caso em que a lei é silente. As convenções não conseguem abarcar todas as situações fáticas. Por mais imaginativo que seja o legislador (ou o juiz que fixou o precedente), o direito por convenção não possui solução completamente estruturada para os novos conflitos, uma vez que estes surgem constantemente. Nessa situação, as decisões acabam sendo tomadas de forma discricionária, sendo possível ao juiz criar um novo direito em um caso no qual não havia direito algum, utilizando-se, para esse fim, de padrões extrajurídicos.

Já o pragmatismo situa-se no outro extremo, negando que as decisões encontrem justificação nos precedentes. Traz consigo certo ceticismo jurídico, uma vez que desconsidera a existência de pretensões juridicamente tuteladas. O direito é interpretado em consonância com os resultados, tendo como foco as consequências das decisões, devendo estas melhorar o futuro da comunidade. Os pragmatistas, ao decidirem um caso, entendem que devem se ater aos objetivos e alcançá-los por qualquer método eficaz, evidenciando que nos casos de aplicação do direito os meios não tem relevância, pois o que importa são apenas os resultados. Esta concepção nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, mas sustenta que, por vezes, os juízes agem “como se” esses direitos existissem, pois, em longo prazo, esse modo de agir servirá melhor à sociedade.

Essas duas concepções ignoram que um Estado de Direito é guiado, antes de tudo, por princípios. Dessa forma, tanto o pragmatismo, ao instrumentalizar os direitos, quanto o convencionalismo, ao defender uma rígida obediência à convenção, desconsideram a existência de um conjunto coerente de princípios que devem endossar as decisões, acabando por não levar os direitos a sério.

A integridade, por sua vez, surge como uma alternativa aos problemas apontados nas duas vertentes, tendo em seu cerne a questão da coerência de princípios. Cabe ressaltar que, segundo Dworkin, os princípios têm grande

importância para a justificação das decisões, pois dizem respeito a um padrão que deve ser observado por exigência de uma dimensão moral. Eles diferenciam-se da política, uma vez que esta se dá por meio de um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado de modo geral, como uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

As decisões judiciais devem se basear em argumentos de princípio, ou seja, argumentos que justificam uma decisão mostrando que ela respeita direitos de uma classe de indivíduos. O direito como integridade vê a coerência de princípios como fonte dos direitos, supondo que as pessoas têm direitos e que estes extrapolam a extensão explícita das práticas políticas tidas como convenções¹. Não se nega, com isso, o respeito às decisões do passado nem a importância de se pensar as consequências da decisão. O direito como integridade vê as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como uma política em desenvolvimento.

Em meio ao cenário da coerência de princípios, tem-se o Estado atuando de modo a observar a moral institucional com a qual está comprometido. Isso porque o conjunto único e coerente de princípios que o permeia advém de uma comunidade personificada, para a qual o direito está referido. A integridade não descobre nem inventa o direito, não pretende recuperar o passado nem projetar o futuro. Seu objetivo é interpretar o direito presente com base nos princípios eleitos pela comunidade política, um ente que possui princípios e responsabilidade moral próprios, que não se confundem com as concepções particulares do grupo dominante. Ela é reflexo de uma necessária personificação do Estado, sendo uma espécie de ente distinto de seus cidadãos. Tal personificação política permite tratar o Estado como uma pessoa autônoma, moralmente comprometida com os princípios que a informam, uma vez que é instruída pelos valores compartilhados pela sociedade.

Tendo em vista que essa comunidade é quem determina quais princípios devem ser atendidos na justificação das decisões estatais, é pressuposto que ela esteja fundada em três pilares, a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, virtudes que vão tornar as proposições jurídicas substancialmente válidas e justificadas. A justiça apresenta-se como uma questão de resultados, tratando da conformidade que deve existir entre as consequências concretas das decisões e a moral pública; a equidade proporciona a cada cidadão o mesmo grau

¹ DWORKIN, 2003, *passim*.

de influencia política nas decisões tomadas pelo Estado; e o devido processo legal adjetivo é responsável por definir os procedimentos nos quais se dará o exercício democrático.

Cabe dizer que essas três virtudes se atrelam à integridade a partir do momento em que esta passa a ser vista também como um ideal político, dado o compromisso com a coerência de princípios e a importância da comunidade fraterna para a legitimidade política. Assim, a concepção íntegra de justiça impõe que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu Legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. Quanto à integridade da concepção de equidade, ela exige que os princípios morais necessários à justificativa da autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. Por fim, a ideia de devido processo legal adjetivo determina que os procedimentos previstos sejam obedecidos nos julgamentos, objetivando-se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (DWORKIN, 2003, p. 203).

Além dessas três exigências, a integridade traz ainda outras duas, que podem ser divididas em integridade na legislação e integridade no julgamento. Isso porque a integridade é um ideal de construção e um método de interpretação, em busca, essencialmente, da coerência de princípios, que deve estar presente tanto na criação quanto na aplicação do direito.

A integridade na legislação diz respeito aos que criam o direito por meio das leis, objetivando que o mantenham coerente com os princípios da comunidade personificada. Dessa forma, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente. Afirma Dworkin que nenhuma interpretação competente da prática política pode ignorar tal princípio. A integridade no julgamento, por sua vez, relacionando-se aos aplicadores do direito, requer a estes que façam cumprir a lei guardando coerência com os mesmos princípios. Ela vincula-se à integridade legislativa, uma vez que, havendo uma legislação íntegra, é mais palpável a integridade em âmbito jurisdicional.

Dworkin (2003, p. 215) aponta ainda que uma sociedade que aceita a integridade em seus dois vieses (jurídico e legislativo) se torna um tipo especial de sociedade. Assim, defende que a legislação formal tem um compromisso subjacente com uma concepção pública mais fundamental de justiça, fazendo com que a obrigação política deixe de ser apenas uma questão de obedecer às decisões da comunidade. Tem-se, então, como consequência, a noção de

fidelidade ao sistema de princípios, em que cada cidadão passa a reconhecer sua responsabilidade para com a comunidade a qual pertence.

A importância da moral institucional e do reconhecimento de pertença à comunidade são tão grandes que o juiz deve se guiar pela moralidade política mesmo que ela vá de encontro às suas convicções pessoais. Não se trata de afastar as decisões da análise subjetiva do julgador, mas de limitar essa análise pelos princípios norteadores: justiça, equidade e devido processo legal adjetivo.

O direito, enfim, é um conceito interpretativo. Uma atitude, ao mesmo tempo interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido; contestadora, tornando todos os cidadãos responsáveis por guardar os princípios com os quais sua sociedade se compromete; construtiva, ao colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, sem perder a boa-fé em relação ao passado; e fraterna, uma vez que expressa a união da comunidade apesar dos interesses individuais muitas vezes divergentes (DWORKIN, 2003, p. 492).

3 A INTEGRIDADE E A DINÂMICA DO ORDENAMENTO: ANÁLISE DE CASO

Como visto na Introdução, a Constituição, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, posteriormente garantida também por lei. Em relação aos casais do mesmo sexo, o impasse girava em torno da expressão “entre o homem e a mulher”, presente no texto constitucional. O STF, na ADI citada, baseou-se no direito à igualdade e no respeito à liberdade individual, mas não se referiu propriamente à temática das lacunas.

As instâncias inferiores, antes do julgamento do STF, quando tiveram que solucionar casos similares, faziam-no por meio de um critério hermenêutico diverso. O TJ/RS analisou e julgou a questão algumas vezes, tendo proferido decisões nas quais considerava que a expressão constante do texto constitucional indicava uma lacuna. No julgamento da Apelação Cível nº 70009550070, por exemplo, a relatora alegou em seu voto que:

A argumentação dos recorrentes, de que inexistia lei especial a tutelar os relacionamentos homoafetivos, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. A ausência de regramento

específico não quer dizer ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC) (DIAS, 2007, p. 6).

A própria Maria Berenice Dias, relatora deste recurso, diz expressamente em um artigo doutrinário que, em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir a lei valendo-se de tais critérios: “Enquanto a lei não vem, entretanto, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal” (DIAS, 2007, p. 194).

Esse entendimento, contudo, não é adequado. É verdade que é papel do Poder Judiciário desenvolver a aplicação do direito nos casos em que a lei apresenta lacunas. Ao se falar dessas ausências normativas, porém, é necessário que se tenha em mente que o conceito ao qual se remete é o de lacunas próprias, autênticas, que são as relacionadas à incompletude de uma norma ou parte do sistema. Não se alude às lacunas impróprias, que se apresentam de forma ideológica, pois, como visto, em face destas não cabe a colmatação judicial.

A teoria dworkiniana não trata especificamente do preenchimento de lacunas, tema mais típico da tradição romano-germânica, mas explica o que é o direito e como ele deve ser aplicado. Há uma racionalidade nessa aplicação, que não é mero ato de vontade, como pensava Kelsen. A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador, o que feriria a separação dos poderes. É, portanto, uma teoria normativa, apta não apenas a identificar a lei (ou o precedente), mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade de edição, por parte do juiz, de novas regras criadas pós-fato, desconsiderando, desse modo, os direitos individuais pré-existentes. As decisões judiciais devem se preocupar com esses direitos e não com a delineação de um bem comum, tarefa que deve ficar a cargo da política. Aqui, há que se observar que a política tem como base a implantação de um bem coletivo e não o respeito a algum direito já garantido. Em meio a esse cenário, observa-se que as lacunas próprias são facilmente solucionadas pela utilização de princípios coerentemente arranjados. Em relação às lacunas impróprias, contudo, não cabe preenchimento judicial, pois se trata de uma questão de política, que deveria ser solucionada pelo poder competente, no

caso o Legislativo.

Dworkin (2003, *passim*) aponta que a virtude da integridade deve estar presente na aplicação do direito e também em sua criação, indicando que nas questões atinentes ao Legislativo ele também deve ser íntegro. Dessa forma, o Judiciário se põe diante do silêncio da lei completando-a apenas nos casos que realmente lhe couber, devendo as lacunas ideológicas ser supridas sem sua atuação, quando isso se fizer necessário.

É papel fundamental do direito, como um sistema de prerrogativas e responsabilidades, guiar e restringir o poder do Estado. Uma vez que este decida em que medida vai reconhecer um direito, deve aplicar integralmente essa decisão. Todavia, o Estado é dividido em três distintos poderes, que devem atuar harmonicamente e limitarem-se uns pelos outros. Nessa divisão, que pode ter se modificado no último século, mas não se diluiu, é papel específico do Poder Legislativo a instituição de um direito, não cabendo a mesma função ao Judiciário.

Sendo duas funções do mesmo Estado, isso pode parecer mera questão procedimental, mas não custa lembrar que, para que o conteúdo de uma determinada decisão estatal seja observado, o procedimento também precisa sê-lo. Destaca-se aqui o princípio do devido processo legal adjetivo, com o qual Dworkin defende um procedimentalismo aprofundado, sem desmerecer sua importância frente aos demais princípios.

Ao Judiciário, por meio da Corte Suprema, cabe a guarda da Constituição. Em termos constitucionais, a interpretação das normas, principalmente no tocante à questão das lacunas, dá-se de um modo um pouco diferenciado. Isso se deve ao fato de que as disposições constitucionais são eminentemente políticas, exigindo, para serem corretamente compreendidas, que se leve em conta a base ideológica na qual se fundam. Casos não regulamentados na Constituição são tidos como omissões legislativas não abarcadas pelo conceito de lacuna própria. Aqui, há que se falar em silêncio eloquente da Constituição.

O constituinte optou por deixar de fora da Carta Maior disposições, as quais, por essa razão, não podem ser supridas pelos juízes. Não se pode criar direitos discricionariamente, pois isso violaria a exigência de integridade. Como dito, não cabe em relação à questão a justificativa de supressão de lacuna pelo Judiciário, pois isso só pode ocorrer nos casos em que se tem efetivamente uma lacuna em sentido jurídico, o que não se aplica às chamadas lacunas ideológicas. Além disso, tratando-se de âmbito constitucional, a atuação jurisdicional há de ser limitada, uma vez que a Constituição é a norma que confere poderes

aos magistrados. E esses poderes giram em torno da interpretação dos direitos existentes, não sua da criação.

Portanto, nos casos em que a Constituição é silente, temos uma questão ideológica. Sendo essa ideologia não mais condizente com a sociedade a que se refere, pela mudança dos valores comunitários, deve ser efetuada uma reforma constitucional, a fim de se atender aos novos anseios da comunidade personificada.

Deste modo, resolver a questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo suprimindo uma lacuna política não cabia ao Judiciário, mas ao Legislativo, em sua condição de poder constituinte derivado. As decisões do TJ/RS não foram, assim, baseadas em boa teoria do direito. Na decisão do STF, os juízes também atuaram como legisladores, criando direitos não previstos no texto constitucional e ferindo a separação de poderes, ação insustentável perante a exigência de integridade.

Também não valeria aqui o argumento de que se trata de uma mutação constitucional, expressão utilizada pelos constitucionalistas para designar a alteração de sentido de uma norma sem a correspondente modificação do seu texto. A mutação decorre de ação judicial e visa reler a norma em função das novas demandas sociais. Ocorre que mesmo a doutrina mais favorável a ela admite seus limites. Luís Roberto Barroso, por exemplo, diz: “Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador” (BARROSO, 2011, p. 150-151). É justamente o que parece ter ocorrido no caso em questão, no qual o STF interpretou a expressão “entre o homem e a mulher” como abarcando os sentidos “entre o homem e o homem” e “entre a mulher e a mulher”.

CONCLUSÃO

Discutimos aqui os limites da atuação interpretativa do Poder Judiciário, principalmente no que refere ao preenchimento de lacunas em âmbito constitucional. Observou-se que a Constituição deve ser interpretada sempre com referência à ideologia que a garante, observando-se sua inevitável dimensão política. Analisou-se também o conceito de lacuna, mostrando que existem dois tipos fundamentais, as próprias e as impróprias. As primeiras dizem respeito a um silêncio do legislador que não está abarcado pelo espaço livre do direito e devem ser colmatadas pelo aplicador através de uma interpretação

balizada por um conjunto coerente de princípios. As segundas são lacunas ideológicas, que aparecem quando se confronta o ordenamento tal como é com o ordenamento tal como deveria ser. Estas não devem ser apreciadas pelo Judiciário, pois importam em questões políticas e não trazem questões de direito.

De nada adiantaria, contudo, estudar as lacunas sem referi-las a um conceito de direito. Para tanto, utilizou-se a teoria da integridade de Ronald Dworkin, uma vez que ela destaca o papel do aplicador do direito e permite que se avaliem as decisões estatais com base em um conjunto lógico e coerente de princípios informadores de uma moral institucional. Assim, as decisões tomadas devem revelar as ideologias e os anseios da chamada comunidade personificada. Esse marco teórico destaca a relevância da substância moral nas escolhas da comunidade e enfatiza a importância das decisões serem remetidas a princípios, não só pelo Judiciário, mas também quando se trata de questões legislativas. A integridade, fundada em ambos os casos na coerência dos princípios, destaca-se como fonte de direitos. Por fim, permite delimitar o que são decisões políticas e o que são decisões jurídicas, estabelecendo os limites de atuação dos poderes.

A partir da fixação desses conceitos, foram analisados os argumentos aduzidos nas decisões judiciais sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. As instâncias inferiores, especialmente o TJ/RS, quando discutiram essa questão (antes da pacificação pelo Supremo), utilizavam-se do argumento de lacuna na Constituição sobre a matéria. Defendeu-se aqui que este posicionamento não foi acertado, pois não há que se falar em lacunas em sentido jurídico na Constituição. Além disso, é a Carta Maior que determina a competência dos juízes. Se estes pudessem supri-la alegando lacunas, não seriam integrantes de um poder constituído, mas teriam efetivamente um poder constituinte não previsto pelo direito.

Portanto, ao decidir pela equiparação de tais uniões às uniões estáveis, o STF adotou uma posição política que extrapolou sua função de guardião da Constituição. A modificação poderia ter se dado através do Legislativo (como constituinte reformador), mas não pela ação do Judiciário. Não se está, assim, afirmando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não possam ou não devam ser protegidas juridicamente, mas apenas que isso não deveria ter sido deslindado pelas vias do ativismo judicial, pois é necessário manter a separação de poderes, se realmente quisermos preservar o direito como algo íntegro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 06 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70009550070**. Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 17/11/2004. Disponível em: <[CANOSA USERA, Raul. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=homoafetividade+lacuna&tb=jurisnova&partialfields=%20tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS.%20TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> . Acesso em: 15 de setembro de 2011.</p></div><div data-bbox=)

DIAS, Maria Berenice. Direitos humanos e homoafetividade. In: **Revista de Direito do Cesusc**, n. 2, 2007, p. 181–195.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

Como citar: LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 18/06/2015

Aprovado em 25/01/2016

FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NA DINÂMICA DA SOCIEDADE DE CONSUMO

COMPANIES SOCIAL AND SOLIDARITY DUTIES
IN A CONSUMERISTIC SOCIETY

* Mariana Ribeiro Santiago

**Livia Gaigher Bósio Campello

Resumo: O presente artigo visa analisar a evolução do comércio no direito brasileiro, no contexto das transformações do Estado moderno, que repercutem diretamente em matéria de função social. Nesse intuito, partimos das patologias do consumo na sociedade moderna, atravessando as diferentes implicações nas questões sociais, culminando com o estudo da evolução da ideia de empresa, de instrumento do liberalismo e do individualismo, atravessando as diferentes limitações jurídicas que lhe foram impostas. Em conclusão, verificamos que o papel da empresa deve ser ampliado, no contexto da sociedade de consumo, para auxiliar no combate ao consumismo e da alienação individual.

Palavras-chave: Empresa. Função social. Sociedade de consumo.

Abstract: This paper analyses the evolution of commerce based on Brazilian law and its foundation has been built on the modern State's transformations, and thus, had a direct impact on its social duty. From modern society's pathological consumerism, which has many social implications, to the growing concept of companies, which has passed through many legal constraints, and was known for being an instrument of economic liberalism and individualism. This paper will also show that the roles, which companies play in our consumeristic society, ought to be expanded in the fight against consumerism and social alienation.

Keywords: Companies. Social duty. Consumeristic society.

Como citar: SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

* Doutora e Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Programa de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: mariana@nbsadvogados.com.br.

** Pós-Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Professora Adjunta I do Programa de Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: livia.gaigher@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O liberalismo individualista, instaurado pela Revolução Francesa como reação ao Estado limitador e absolutista, que dominou a Idade Média, ao limitar ao máximo a interferência estatal, consolidou o Estado liberal e o século XIX se tornou o momento histórico ideal para cristalizar essa ideologia (RODRIGUES, 2002, p. 5-6).

De acordo com Laski (1973, p. 117), a França setecentista era uma sociedade em fermentação, na qual a pressão das novas idéias era inexaurível, e, em nome desse ideário, desafiava-se o *ancien régime*, e todos os gênios desse período estavam do lado das novidades. A ideologia individualista tornou-se a pedra angular da consolidação do regime capitalista de produção.

Ocorre que, ao longo do Século XX, a sociedade brasileira, assim como todo o mundo, experimentou incontáveis transformações, sendo estas históricas, culturais, sociais, políticas, econômicas, jurídicas etc., as quais expuseram todas as mazelas do pensamento liberalista e, conseqüentemente, a insuficiência desta ideologia para regência da “nova sociedade”.

O Estado social moderno surgiu, exatamente, em decorrência da constatação da falsidade das premissas do Estado liberal: liberdade e igualdade entre os homens. Essa compreensão da desigualdade de fato, que existe entre os homens, levou à formulação do princípio da especialidade, contido no princípio da isonomia, prevendo o tratamento desigual dos desiguais, para que se possa obter, dessa forma, uma igualdade substancial.

No Brasil, o Estado social foi inaugurado com a Constituição de 1934 e está bem delineado na Constituição de 1988, compreendendo-se essas constituições como constituições sociais, uma vez que regulam a ordem econômica e social para além do que pretendia o Estado liberal (LÔBO, 2003, p. 12-13).

A Constituição Federal de 1988 materializa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, o que também foi incorporado pelo atual Código Civil, ao tratar, expressamente, da função social da propriedade e dos contratos.

Instituto correlato à função social do contrato, e também à função social da propriedade, é o da função social da empresa, embora este último não tenha recebido menção no Código Civil. Na realidade, esses três princípios

são aplicações do princípio da socialidade a áreas específicas do direito, daí a conexão entre eles.

Muito já se tratou na doutrina acerca do princípio da função social da empresa, na tentativa de se precisar o seu alcance e as responsabilidades que implica para a empresa. Todavia, problemática nem tanto explorada é a sua aplicação no contexto da sociedade de consumo, com todas as suas peculiaridades e urgências, enquanto fenômeno social, que demanda abordagem interdisciplinar.

A qualidade de consumidor é inerente ao ser humano, sendo que o consumo, enquanto fenômeno, não é uma preocupação recente para a humanidade, precedendo o advento do que Bauman (2007, p. 109) denominou de “variedade líquida” da modernidade.

Muitos dos comportamentos típicos dos consumidores modernos, todavia, ainda que deletérios, tornaram-se tão habituais que os seus membros não alcançam a consciência do impacto causado na vida privada e na esfera social, perdendo-se no que os psicólogos denominam de “cárcere de consumo” (BOTSCHAN; ROGERS, 2011, p. 5-6).

Diante disso, questiona-se: a função social da empresa pode ser compreendida como um instrumento de combate ou minimização das patologias da sociedade de consumo? Até que ponto a empresa é responsável ou possui tal papel? É adequada a postura de vitimização do consumidor em todo esse contexto?

O panorama ora noticiado justifica o estudo aprofundado do princípio da função social da empresa, dentro da perspectiva de uma sociedade de consumo, com o objetivo oferecer subsídios para se balizar a atividade empresarial, verificando opções de negócios mais equilibradas e responsáveis, em sintonia com as exigências da pós-modernidade.

Para a obtenção dos resultados almejados pelo trabalho, utilizamos a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras especializadas na teoria da empresa, nos princípios do direito comercial e na matéria do consumismo. O método de abordagem seguido foi o dialético jurídico, abrangendo o fenômeno, fato concreto e a teoria, de forma simultânea, buscando o resultado com o confronto entre os dois.

1 CULTURA E SOCIEDADE DE CONSUMO

O homo consumericus, na expressão de Lipovetsky (2007, p. 128), enfrenta, do ponto de vista individual e psicológico, problemas crescentes, a exemplo da exploração do mais forte pelo mais fraco, patologia característica nas contratações de massa, onde se prima pela despersonalização do contratante e padronização das cláusulas contratuais, limitando-se ao extremo a autonomia privada do hipossuficiente técnico-econômico.

No Brasil, o consumidor está, em tese, juridicamente protegido pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, o que implica no reconhecimento da desigualdade entre as partes contratantes (CDC, art. 4º) e consequente proteção ao hipossuficiente, através das seguintes ferramentas, entre outras: nulidade de cláusulas abusivas (CDC, 6º, IV, 39, V, e 51, IV e §1º, III); impossibilidade de renúncia de garantias pelo consumidor (CDC, 51, I); inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, 6º, VIII); possibilidade de revisão contratual (CDC, 6º, V); responsabilidade civil objetiva do fornecedor (CDC, 12 e 14), com exceção para os profissionais liberais, os quais deverão responder apenas no caso de culpa; solidariedade na reparação dos danos causados ao consumidor (CDC 18,19, 25, §2º); desconsideração da personalidade jurídica (CDC, 28).

A par da proteção jurídica, a sensação que se tem sobre o consumidor é a de que não necessariamente as pessoas que compram e mantêm mais bens materiais estão mais satisfeitas com as suas vidas, ou mais felizes. Pelo contrário. Problemas como depressão, ansiedade, insônia, obesidade e doenças cardíacas se mostram em crescimento alarmante, desde a década de 80 (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 14).

Trata-se de uma situação extremamente contraditória, se pensarmos que trabalhamos tão duro para comprar coisas e, já num momento seguinte, não conseguimos mais viver com elas e, ao mesmo tempo, não podemos nos separar delas, sem ao menos nos perguntarmos qual a verdade sobre o motivo pelo qual temos tantas coisas (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 13).

Todavia, como ressalta Bauman (2007, p. 109), mostra-se profundamente ineficiente e equivocado examinar-se a lógica do consumo como uma atividade individual e solitária no intuito de se compreender o panorama do consumo atual, fazendo-se necessário focar na verdadeira novidade, qual seja, a sua natureza basicamente social, no ambiente da sociedade de consumidores, e apenas secundariamente na seara psicológica ou comportamental.

Nas palavras de Baudrillard (2010, p. 264),

O consumo constitui um mito. Isto é, revela-se como palavra da sociedade contemporânea sobre si mesma; é a maneira como a nossa sociedade se fala. De certa maneira, a única realidade objetiva do consumo é a ideia do consumo, a configuração reflexiva e discursiva, indefinidamente retomada pelo discurso cotidiano e pelo discurso intelectual.

A sociedade de consumo está calcada na ideia de satisfação dos desejos humanos. Tal promessa, contudo, mostra-se sedutora apenas enquanto o desejo permanece irrealizado e o que se torna permanente é, de fato, a insatisfação (BAUMAN, 2007, p. 106).

A insatisfação se instala a partir do momento em que os produtos, logo após adquiridos, são depreciados e desvalorizados pelo próprio mercado ou, ainda, despertam novos desejos, por novos produtos. A “necessidade” torna-se, assim, compulsão ou vício (BAUMAN, 2007, p. 106-107).

Na lição de Bauman (2007, p. 108),

Para que a busca de realização possa continuar e novas promessas possam mostrar-se atraentes e cativantes, as promessas já feitas precisam ser quebradas, e as esperanças de realiza-las, frustradas. Um mar de hipocrisia se estendendo das crenças populares às realidades da vida dos consumidores é condição sine qua non para que uma sociedade de consumidores funcione apropriadamente. Toda promessa deve ser enganosa, ou pelo menos exagerada, para que a busca continue.

A partir do momento em que não os bens, mas a imagem desses bens se torna acessível a toda a sociedade, restam caracterizados os indícios da cultura de consumo. Todo um contexto de imagens e símbolos passam a ser criados e recriados acerca dos bens, o que reflete em novas formas de comportamento, no modo de sentir e pensar de grande parcela da sociedade ocidental (TASCHNER, 2009, p. 52).

A expressão “cultura de consumo” enfatiza a importância do mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação para a compreensão da sociedade

contemporânea, dentro de um foco duplo, que verifica a dimensão cultural da economia, pela utilização de bens materiais como símbolos comunicadores, e a economia dos bens culturais, de acordo com os princípios de mercado (oferta, demanda, acumulação de capital, competição e monopolização), operando na esfera dos estilos de vida (FEATHERSTONE, 1995, p. 121).

Nesse contexto, a cultura de consumo estimula o jogo das diferenças, pregando que estas precisam ser reconhecidas e legitimadas socialmente. Como consequência, a alteridade total e a individualidade total tendem a ser irreconhecíveis (FEATHERSTONE, 1995, p. 124).

Pode-se afirmar, nessa linha, que a era do consumo, calcada na produtividade acelerada sob o signo do capital, representa igualmente a era da alienação radical. A lógica da mercadoria predomina, ao regular a cultura inteira, desde os processos de trabalho à questão da sexualidade. Passa-se a crer que tudo pode ser espetacularizado, orquestrado em imagens, consumível (BAUDRILLARD, 2010, p. 261).

Em resumo, o processo generalizado de consumo, transmutado em espetáculo, atinge a imagem e a própria alma do homem. O ser individual e suas reflexões restam abolidos em face da emissão e da recepção de signos. Ao homem do consumo não interessam as suas próprias necessidades e a sua própria imagem, perfazendo-se em imagem dos signos que ordena. A sociedade pensa e fala como sociedade de consumo, e, na medida em que consome, consome-se em ideia, da qual a publicidade é o hino fundamental (BAUDRILLARD, 2010, p. 261-262, 264).

A sociedade de consumidores transforma-se, assim, em algo maior do que a soma total dos indivíduos consumidores. É uma sociedade que, perigosamente, julga e avalia seus membros principalmente por suas capacidades consumeristas, sua conduta de consumo (BAUMAN, 2007, p. 109).

Nesse sentido, a expressão “sociedade de consumidores” verbaliza mais do que a postura dos seus membros de gastar tempo e esforços visando ampliar seus prazeres, refletindo a percepção de que a política de vida dos indivíduos tende a ser remodelada com base nos meios e objetos de consumo, segundo as linhas da síndrome consumista (BAUMAN, 2007, p. 109).

“Necessitando” consumir para definir o seu papel na sociedade, para alcançar o padrão pregado pela cultura de consumo, os indivíduos se lançam em aquisições impensadas, consequência de uma avaliação deturpada das suas possibilidades e má administração das suas finanças, o que já produz efeitos na

economia do país e na questão da sustentabilidade.

A abundância dos bens de consumo, símbolo do capitalismo moderno, já é objeto de críticas que alçam o consumismo como um dos principais problemas da sociedade moderna, repercutindo fortemente na crise ambiental. Tratar do consumismo passou a significar também uma contribuição para a construção de uma sociedade mais sustentável (PORTILHO, 2010, p. 67).

A incorporação das questões relacionadas ao consumo aos crescentes movimentos sociais, como o ecológico, acendeu o debate sobre o consumo ambientalmente consciente que, posteriormente, evoluiu para a ideia de consumo social e politicamente responsável. O objetivo é colaborar para que a soberania do consumidor, propagada pelo neoliberalismo, converta-se em cidadania do consumidor, instrumento de ativa prática social, política e ecológica (PORTILHO, 2010, p. 218).

Toda essa discussão demonstra que a organização individualista do consumo desconecta os membros da sociedade enquanto cidadãos, repercutindo na questão da solidariedade. Tornam-se cada vez mais necessária a criação de redes de intercâmbio de informação e aprendizagem com foco nas práticas de consumo enquanto ferramenta para o exercício da cidadania (PORTILHO, 2010, p. 218).

De fato, a busca de alternativas para o consumismo tem repercussão na questão ambiental. Todavia, não se pode olvidar que as matérias da sustentabilidade e da solidariedade extrapolam tal viés, com claro impacto em questões como desenvolvimento social e economia.

Segundo pesquisas realizadas pelo Instituto Akatu, a terra precisaria ter 50% (cinquenta por cento) mais recursos para sustentar o padrão de consumo atual¹. Já a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO) constatou e alertou que, ao final de 2009, o número de vítimas da fome ultrapassaria a marca de um bilhão de pessoas. Tais dados, confrontados, demonstram um padrão de consumo acima das necessidades, a par de uma ausência assustadora de itens básicos de sobrevivência, como alimento, situação a gerar, fora de dúvida, um contexto de desenvolvimento social preocupante (SOARES-BAPTISTA, 2010, p. 363).

Por outro lado, o superendividamento se mostra, cada vez mais, uma

¹ Informação obtida em 25 de agosto de 2013, no site: <http://www.akatu.org.br/Temas/Sustentabilidade/Posts/Terra-precisaria-ter-50-mais-recursos-para-sustentar-padrao-de-consumo-actual>.

realidade na sociedade brasileira. Segundo Marques (2006, p. 256), trata-se uma “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo”.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou, que, em 2012, 14,1% das famílias brasileiras estavam superendividadas. Já o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) informou que 92,9% dessas famílias não planejam tomar crédito e 31,6% das contas estão em atraso. Dados alarmantes como estes fazem com que os economistas afirmem que distorções no sistema de intermediação colocam em risco a oferta saudável de crédito, gerando, conseqüentemente, atraso no crescimento nacional².

Merece menção, ainda, dentro de uma perspectiva geral, o processo de globalização, enquanto elemento colaborador na alteração da forma como o consumidor tem agido na modernidade. Como consequência de todo esse quadro, fora de dúvida, criaram-se, perigosamente, independentemente dos seus efeitos deletérios, novas tradições de consumo.

No que diz respeito às novas tradições do consumo, acreditamos que a corrida desenfreada pela riqueza material vem causando uma exclusão das necessidades sociais básicas, atreladas ao convívio familiar e comunitário, relações pessoais e responsabilidade social. O prejuízo de toda essa comunicação, que já se nota bastante grave na era do hiperconsumismo, faz com que alguns críticos nos identifiquem como uma sociedade “autista”. Tais demandas, de fato, não podem ser supridas através de processos de compra e acúmulo de bens (BOTSCHAN; ROGERS, 2011, p. 33).

Todavia, embora já seja possível enxergar que a desordem do hiperconsumismo foi impulsionada por uma crença de que o dinheiro é o grande gerador da felicidade, existem experiências concretas atualmente que nos permitem concluir que este distúrbio pode ser consertado (BOTSCHAN; ROGERS, 2011, p. 33).

O reconhecimento desse novo paradigma permite afirmar que o consumismo pode florescer em versões diferentes, de maneira “não tradicional”, com um novo papel. Segundo Giddens (2007, p. 54-55),

É inteiramente racional reconhecer que as tradições são

² Informação obtida em 25 de agosto de 2013, no site:
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=14604.

necessárias numa sociedade. (...) As tradições são necessárias e persistirão sempre, porque dão continuidade e forma à vida. (...) A tradição pode muito bem ser defendida de uma maneira não tradicional – e este deveria ser o seu futuro. Ritual, cerimonial e repetição têm um importante papel social, algo compreendido e posto em prática pela maioria das organizações, inclusive os governos. As tradições vão continuar a ser apoiadas enquanto puderem ser efetivamente justificadas – não em termos de seus próprios rituais internos, mas mediante a comparação delas com outras tradições ou maneiras de fazer as coisas.

O sistema de consumismo não é um fato fixo da vida moderna, como aparentemente se mostra. Assim, mostra-se firmemente defensável que, da mesma forma que este sistema foi produzido, é possível remodelá-lo, visando à criação um modelo mais saudável e sustentável (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 33), sendo imprescindível a análise do papel da empresa em todo esse contexto, conforme será exposto a seguir.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: PANORAMA ATUAL

Conforme aludido em sede de introdução, a função social da empresa pode ser atrelada às conquistas do Estado Social, o qual pode ser definido, do ponto de vista do direito, como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal a perspectiva econômica e social, limitando e controlando o poder econômico e tutelando os hipossuficientes (LÔBO, 2003, p. 12-13).

De fato, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social quando confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, em suma, expande sua influência a quase todos os domínios tradicionalmente pertencentes à iniciativa individual. Caracteriza-se pelo intervencionismo, patronagem ou paternalismo (BONAVIDES, 1972, p. 208).

Nesse sentido, podemos citar a lei da usura (impedindo a cobrança de juros extorsivos), a lei do inquilinato (protegendo o inquilino, considerado parte mais fraca no contrato de locação), a lei de luvas (visando proteger o locatário

especificamente nas locações comerciais), o Código de Defesa do Consumidor (dispensando proteção especial ao consumidor) etc.

A Constituição Federal de 1988 expressa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, bem como o ideal da socialidade, , 5º, XXIII e 170, III, quando trata da dignidade da pessoa (art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), da solidariedade social (art. 3º, I), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III),

Assim, o primeiro confronto entre o pensamento liberal e a tendência socializante da época atual ocorreu em detrimento da propriedade, sendo pacífica, atualmente, a concepção de que a propriedade é um direito limitado. Desse entendimento por si só já seria possível deduzir a função social do contrato e da empresa, uma vez que se trata de institutos ligados à circulação da propriedade.

Tendo em vista que a empresa é instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas, nada mais coerente do que reconhecer a função social da empresa, já que a própria Constituição de 1988 estabelece que a livre iniciativa deve ter um valor social.

Se a livre iniciativa é a possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa, como uma expressão da liberdade, o valor social, no caso, significa que essa atividade deve ser socialmente útil e que se procurará a realização da justiça social, do bem-estar social (CRETELLA JR., 1992, p. 140-141).

A previsão expressa, no atual Código Civil, do princípio da função social da propriedade e do contrato vem arrematar esse entendimento, aplicando, específica e expressamente, os preceitos da justiça social, consolidando entre nós, definitivamente, a visão da autonomia privada limitada.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil, em seu art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; e no seu art. 1.228, §1º: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

O princípio da socialidade é um dos três princípios basilares do novo Código Civil, sendo os outros dois o princípio da eticidade e o princípio da operatividade. Isso é assim, exatamente, em consequência da mudança de visão

que condenou o individualismo exacerbado à morte.

A socialidade veio substituir o individualismo à medida que o indivíduo voltou a estar encadeado à sua comunidade, confundindo-se com o meio social, o que é próprio da natureza humana, uma vez que o homem é um ser social, para o qual é impossível viver sozinho. A socialidade é uma tendência natural do homem, que vive sempre em grupo e tem o instinto de viver associado a outras pessoas, um verdadeiro impulso comunitário ou grupalista (FERREIRA, 1977, p. 424).

O Código Civil de 2002, a exemplo do Codice Civile italiano, em nome da unidade lógica, procedeu à unificação do direito das obrigações, na esfera civil e na comercial, no que se refere a sua parte geral, de onde se pode concluir que a função social dos contratos também se observa na esfera comercial. Na realidade, como ressalta Reale (1986, p. 6), essa unificação já se observava há muito tempo na prática, em virtude da antiguidade do Código Comercial.

A unificação do direito das obrigações, entretanto, não é novidade no panorama jurídico nacional, já havia sido proposta no Esboço de Código Civil de Freitas (1864); além do que não segue à risca o modelo italiano, que estende a unificação ao campo do direito do trabalho.

O Código de 2002 revogou a parte primeira do Código Comercial (arts. 1º-456). A parte terceira (arts. 797-913) já havia sido revogada pela Lei de Falência. Em relação ao Código Comercial, atualmente, só está em vigor a sua parte segunda, que trata do comércio marítimo, com exceção do título IX (Do naufrágio e salvados – arts. 731/739), anteriormente revogado pela Lei 7.542/86 (NERY JUNIOR, 2003, p. 405).

A atividade empresarial é, na verdade, uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste. É por essa razão que o direito de empresa (Livro II) surge no Código de 2002 como consequência imediata do direito das obrigações (Livro I) (REALE, 1986, p. 6). É por esse motivo também que se pode falar em função social da empresa.

Por outro lado, como a sociedade é um contrato plurilateral, aplica-se

³ “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

⁴ “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

também a ela o art. 421, do Código de 2002, pelo qual os contratos devem se pautar pela sua função social (WALD, 2003, p. 854).

Vale ressaltar, ainda, que a função social da empresa já podia ser deduzida dos arts. 116, parágrafo único³, e 154⁴, da Lei das Sociedades por Ações (6.404/76), embora se trate de legislação específica apenas sobre uma espécie societária.

Uma vez constatado que o princípio da função social da empresa já se encontrava implícito no nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Federal de 1988, pois é decorrência automática da função social da propriedade e do valor social da livre iniciativa, que são imposições da socialidade característica do Estado social, independentemente de não ter sido nomeado no Código Civil, resta agora nos direcionarmos na tentativa de esclarecer o seu conteúdo e contextualizá-lo na sociedade de consumo.

A empresa, em síntese, no sentido econômico, pode ser definida como uma organização de fatores de produção. Está inserida na ordem econômica como agente organizador da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas (REQUIÃO, 1978, p. 32).

A esse respeito, vale lembrar a lição de Briz (1966, p. 26), para quem:

[...] la libertad de industria en sentido amplio (como libertad de creación de empresas y libertad de economía) encierra la libertad de competencia, la libertad de contratación, la de producción y la de consumo.

Dessa forma, pode-se afirmar que limitar a empresa através de sua sociabilidade ou função social significa a democratização e moralização do governo da empresa e a realização de uma conduta que atenda aos superiores interesses do país e da sociedade (WALD, 2003, p. 854).

Segundo Bobbio (1990 apud SANTOS, 2002, p. 103), numa analogia entre a sociedade e o organismo humano, função é a “prestação continuada que um determinado órgão dá para a conservação e desenvolvimento, segundo um ritmo de nascimento, crescimento e morte, de todo o organismo, é dizer, do organismo considerado como um todo”, de onde se infere a ideia principal de que o poder individual deve ser exercido em proveito de um sistema maior, do conjunto.

De Plácido e Silva (1963, p. 722-723), define função (do latim, *fungi*), em

termos gerais, como o direito ou dever de agir, atribuído por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão. Já a palavra “social”, como assinala Bonavides (1972, p. 203-204), De Plácido e Silva (1963, p. 722-723), é de grande imprecisão semântica, estando, por isso, sujeita a inúmeras variações de sentido, ao sabor inclusive de determinados preconceitos ideológicos. Esse fator, sem dúvida, dificulta a tarefa de conceituação.

No conceito de Hedemman (1958, p. 26), a palavra social significa “el punto de partida ideológico de la contraposición entre pobres y ricos o, como frecuentemente se dice en la literatura científica, entre los que tienen bienes y los desheredados”.

Guedes (2003, p. 351), De Plácido e Silva (1963, p. 722-723), em obra que trata da evolução da funcionalidade primitiva para o atual conceito de função social, afirma que a expressão “função social” significa, abreviadamente, utilidade à sociedade, atendimento ao interesse coletivo.

Maria Helena Diniz (1998) define a função social da empresa como:

O exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum. (DINIZ, 1998, p. 613).

No mesmo sentido, Tomasevicius Filho (2003, p. 40) afirma que a função social da empresa constitui um poder-dever por parte do empresário e dos administradores da empresa de harmonizarem as atividades desta com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.

Em resumo, pode-se dizer que a função social da empresa limita a vontade e o interesse dos detentores do capital, substituindo o poder arbitrário do dono da empresa pelo equilíbrio que deve passar a existir entre as forças que cooperam para o desenvolvimento das finalidades empresariais. Trata-se, assim como no caso da função social do contrato, de submeter o interesse particular ao interesse social.

Como instrumento da função social da empresa, costuma-se citar os poderes conferidos à Comissão de Valores Mobiliários – CVM – para intervir assegurando o equilíbrio entre os participantes do mercado, impondo obrigações

às empresas que têm títulos negociados no mercado de capitais e restringindo a autonomia privada dessas sociedades mercantis, a fim de que não haja prejuízo do acionista minoritário ou do investidor (LAUAND, 2001, p. 236-237).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pela Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários. O art. 4º, dessa lei, confere a CVM poder disciplinar, poder de polícia e poder normativo. Inclusive, entre as suas atribuições consta a de assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários (art. 4º, VII). Anteriormente a essa lei, o Banco central era responsável pela fiscalização do mercado de capitais. Esse dirigismo estatal, vale ressaltar, dá segurança ao investidor e ao mercado de capitais.

O fenômeno da descon sideração da personalidade jurídica da sociedade também é comumente apontado como um reflexo da visão de que o interesse dos sócios da empresa deve ser limitado pelo interesse social, do ponto de vista que a empresa não pode lesar terceiros sob a proteção do escudo de que a personalidade e o patrimônio da pessoa jurídica não se confundem com a personalidade e o patrimônio dos sócios (JUSTEN FILHO, 2000, p. 55-56).

O Código Civil de 2002 estabelece expressamente essa possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica no seu artigo 50⁵, sendo que tal ideia

⁵ “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

⁶ “O juiz poderá descon siderar a possibilidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada se houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

⁷ A publicidade, conforme a definição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, consiste em toda a informação ou comunicação difundida para, direta ou indiretamente, promover junto aos consumidores a aquisição de produtos ou serviços, independentemente do local ou meio de comunicação utilizado, excluindo-se, dessa forma, a propaganda política, regulada em lei eleitoral, e a publicidade governamental, atreladas à difusão de ideias (MARQUES, 2002, p.673).

⁸ “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

⁹ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

já estava materializada anteriormente no Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 28⁶ .

De fato, se o conceito de pessoa jurídica for empregado para fraudar credores, para se furtrar de uma obrigação existente, constituir monopólios, entre outras condutas em desvio à aplicação da lei, é possível, no bojo de um processo judicial, prescindir-se da personalidade jurídica, considerando a sociedade como um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos, para fins de fazer justiça entre pessoas reais (REQUIÃO, 2002, p. 753).

A proibição à publicidade⁷ enganosa e abusiva, contida nos artigos 6^o, IV⁸, e 37^o, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), também pode ser apontada como uma limitação à atividade da empresa, primando pela sua função social. Tais dispositivos coíbem a captação de consumidores através da utilização publicitária de informações falsas ou que induzam a erro acerca da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, bem como condenam a publicidade discriminatória, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, use inexperiência da criança, desrespeite valores ambientais ou induza o comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor.

É possível identificar, todavia, alguns dos embates principais para o desenvolvimento do tema da função social da empresa: a dificuldade de compatibilização entre a função social da empresa e o seu objeto, que é uma organização produtora de lucros; bem como o problema de se exigir que as empresas multinacionais e transnacionais tenham, diante da globalização presente, afinidade com os interesses locais, regionais ou nacionais preconizados pela função social da empresa (BITELI, 2000, p. 239).

Esses argumentos, contudo, não são suficientes para se negar a função social da empresa, pois tratam de dificuldades que podem ser observadas no caso dos contratos, que também são usados como instrumento para obtenção de lucro e se inserem por vezes em conflitos culturais, nos casos de contratos internacionais, sem que essas dificuldades diminuam a força do princípio, intimamente relacionado à função social da empresa.

3 O PAPEL DA EMPRESA NO COMBATE AO CONSUMISMO

Passada essa síntese geral acerca da função social da empresa, a questão

que sobrevém, de extrema importância para análise de tal instituto, dentro do quadro da pós-modernidade, é a necessidade de se observar o viés social, ou seja, analisar a empresa no ambiente da sociedade de consumidores e suas especificidades, onde as ações empresariais podem significar perdas em grande escala, para além de um grupo determinado de sócios, contratantes ou consumidores.

No contexto da sociedade de consumo, as empresas estimulam o jogo das diferenças, pregando que estas precisam ser reconhecidas e legitimadas socialmente, operando, assim, na esfera dos estilos de vida, potencializando o fenômeno do consumismo (FEATHERSTONE, 1995, p. 124).

Se a lógica da mercadoria predomina, ao regular a cultura inteira, desde os processos de trabalho à questão da sexualidade, isso requer uma atividade socialmente muito mais responsável por parte da empresa. Pode-se afirmar, nessa linha, que a atividade empresarial que não é socialmente responsável, no contexto da sociedade de consumo, pode induzir ou contribuir para que se instaure uma era da alienação radical, o que muito além de significar um desvio de função social, ofende o princípio da solidariedade social.

Na nossa opinião, tais questões de sustentabilidade social, assim como os casos de sustentabilidade econômica e ambiental, estão ligadas à empresa, mas não tecnicamente sob o viés da função social, esta correlata aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Na realidade, trata-se de matéria referente ao princípio da solidariedade social, de magnitude constitucional, por abarcar o aspecto do interesse das gerações futuras e aspectos transnacionais, mais amplos, conexos aos direitos fundamentais de terceira dimensão.

A solidariedade social ingressa no sistema jurídico materializada no art. 3º, I, da Constituição Federal, como marca do Estado democrático de direito, estimulando em cada indivíduo consciência perceptiva do ambiente social, pelo que pode ser considerada como um novo paradigma para o direito, no qual Estado e indivíduo assumem uma aliança, de caráter absolutamente democrático, visando incrementar direitos básicos destes, promoção de políticas de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades (CARDOSO, 2010, p. 109, 116, 122 e 151).

Comentando o art. 3º, I, da Constituição brasileira, José Afonso da assevera:

O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é

que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado democrático de direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade igualdade e fraternidade o fora no Estado liberal proveniente da Revolução Francesa. (SILVA, 2009, p. 46-47).

Ao tentar precisar o alcance da palavra solidariedade, Lôbo (2009, p. 81) afirma que esta,

[...] como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

A solidariedade social realiza-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem o Poder Público e a própria sociedade, apontando a Constituição Federal as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação, ao acolher os princípios da dignidade humana e do pluralismo social e político (DINIZ, 2007, p. 173).

O discurso da solidariedade, dentro de um quadro democrático, implica admitir direitos e deveres nas relações interindividuais, como cooperação e respeito, exigindo uma postura não só do Estado, mas também de cada cidadão em relação a todos os demais, o que vai muito além dos limites impostos às empresas pelo instrumento da função social.

A função social obriga os contratantes a não se afastarem das “expectativas sociais” referentes a um dado negócio, não se desviando para propósitos inúteis ou contrários à coletividade, sob pena de se observar a interferência estatal na readequação do negócio. Impõe, assim, às partes, uma postura negativa de não desprezar a sociedade.

A seu turno, o princípio da solidariedade, que sustenta a função solidária da empresa, possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social.

O processo generalizado de consumo, transmutado em espetáculo, atinge a imagem e a própria alma do homem. O ser individual e suas reflexões restam abolidos em face da emissão e da recepção de signos, e a empresa tende a se aproveitar desse processo, contrariando o princípio da solidariedade social, para alavancar os lucros, sendo a publicidade o hino fundamental para tal fim (BAUDRILLARD, 2010, p. 261-262, 264).

A característica principal da publicidade enganosa, segundo o Código de Defesa do Consumidor, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de omissões, tendo-se o erro como a falsa noção da realidade formada na mente do consumidor. Já a publicidade abusiva é a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, valores sociais básicos e a própria sociedade como um todo, o que legitima, inclusive, a atuação do Ministério Público Estadual e Federal e das Associações de Defesa dos Consumidores (MARQUES, 2002, p. 676 e 680).

Não basta, contudo, no contexto da sociedade de consumo, que a publicidade não seja enganosa ou abusiva. Nessa linha, a publicidade deve ser também socialmente responsável, sem contribuir com o consumismo e com o processo de alienação.

Nesse ponto, também muito perigosa se mostra a técnica do merchandising clandestino, ou seja, inserido num contexto veiculado em programas de televisão ou cinema de forma a não ser percebido como publicidade, criando associações entre produtos ou serviços e personagens ou artistas de destaque, restringindo a capacidade crítica do consumidor (NUNES, 2013, p. 544-546).

O poder condicionante que a publicidade exerce no comportamento dos consumidores é reconhecido pelos próprios artigos 2º e 7º, do Código de Auto-regulamentação Publicitária, pelos quais “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”, em razão do que, “todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa

eventualmente atingir” (MARQUES, 2002, p.679).

Nesse contexto, o que se nota é que a proibição à publicidade enganosa e abusiva, na forma como materializada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), embora seja positiva para a proteção do hipossuficiente, não aborda as questões de sustentabilidade, devendo ser incrementada no sentido de ampliar o papel da empresa no combate ao consumismo.

Essa publicidade deturpada pela sanha empresarial de obtenção de lucros estratosféricos, que não desrespeita os ditames do Código de Defesa do Consumidor, mas manipula os indivíduos no sentido do hiperconsumismo se completa, perfeitamente, com outro fenômeno, que se convencionou chamar de obsolescência programada, o qual representa, simultaneamente, um atentado à boa-fé objetiva, à função social e à função solidária da empresa.

Durante o Século XX, a expectativa de vida de um norte-americano, por exemplo, aumentou em 30 (trinta) anos, ao passo que, nos últimos 50 (cinquenta) anos, o tempo de vida dos bens duráveis, como geladeiras, torradeiras e máquinas de lavar louças, diminuiu entre 3 (três) e 7 (sete) anos. O alto desenvolvimento da tecnologia em todo esse período torna contraditória a “involução” de tais produtos, a menos que se perceba que se trata de uma medida proposital e pensada no intuito de incrementar o aumento das suas vendas, como se, em verdade, já nascessem projetados para o lixo (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 31).

Essa é a dinâmica da obsolescência programada. A ideia inicial da qual se originou o conceito de obsolescência programada remete ao ano de 1925, quando os principais fabricantes de lâmpadas da Europa e dos Estados Unidos, formadores do cartel Phoebus, decidiram reduzir o tempo de duração de suas lâmpadas de 2.500 (duas mil e quinhentas) para 1.000 (mil) horas, visando o incremento do lucro das indústrias filiadas. Foi em virtude da crise de 1929, todavia, que dito conceito viria a ser criado, pelo norte-americano Bernard London, um investidor imobiliário que defendia uma vida útil mais reduzida para os produtos impulsionaria a economia em colapso à época (BRAGA, 2012).

Considerada radical para a época, a ideia de London só foi colocada em prática na década de 1950, pelo designer industrial Brooks Stevens, profissional da área de desenvolvimento de produtos, que, defendendo a obsolescência programada, argumentava que o consumidor era livre para comprar ou não os produtos, independentemente da duração dos mesmos. Tal situação, aliada ao desenvolvimento da publicidade, todavia, acaba interferindo no estilo de

vida do consumidor, que deixa de comprar por necessidade para consumir por hábito (BRAGA, 2012).

A obsolescência programada tornou a sociedade moderna em viciada em produtos novos, o que a sociologia denomina de “neofilia”, ao contrário das sociedades pré-modernas, que desconfiavam do novo. A “moda” no período medieval, por exemplo, pouco mudou ao longo de mil anos, sendo o vestuário considerado apenas uma questão de necessidade. Em conclusão, pode-se afirmar que a obsolescência foi desenvolvida não apenas para o produto, mas também para as nossas mentes, no intuito de intencionalmente nos manter constantemente insatisfeitos (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 28-30).

O documentário “Comprar, tirar, comprar”, da diretora Cosima Dannoritzer, disponível gratuitamente na Internet, é comumente citado quando se trata da matéria da obsolescência programada, para ilustrar como a indústria tem trabalhado, nos últimos 100 (cem) anos, para, de forma planejada, induzir o consumo através da oferta de produtos de durabilidade menor.

Tais práticas, no contexto da sociedade de consumo, mostram-se extremamente preocupantes e merecem a atenção do direito, no intuito de se buscar alternativas para além do que está previsto no Código de Defesa do Consumidor, com lastro no princípio da solidariedade social, principalmente no que tange ao tema da publicidade, a qual deve estar presente nos negócios, mas sem o caráter de manipulação consumista.

É importante frisar que o Projeto do novo Código Comercial, de número 1572/2011, visa promover um resgate dos princípios específicos desta área, fazendo referência expressa, inclusive, à função social da empresa, em seu artigo 4º, onde se lê: “São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I - liberdade de iniciativa; II - liberdade de competição; e III - função social da empresa”.

Em seu artigo 7º, o citado projeto vai além e especifica parâmetros para que se possa aferir a função social, ao dispor: “a empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita”.

O mencionado dispositivo inequivocamente acerta ao tratar de forma dialética o intuito de lucro que deve existir na empresa e a necessidade

de respeito ao interesse social, através da função social. As questões de sustentabilidade, todavia, conforme discorrido acima, têm ligação com o princípio da solidariedade social, caracterizando a função solidária da empresa, ou seja, um plus que deve ser estimulado pelo direito, inclusive pela via dos benefícios fiscais.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do sistema industrial e capitalista lastreado nesses ideais de liberdade e individualismo não se mostrou adequado como instrumento de proteção do ser humano, tendo provocado grave desequilíbrio e desigualdade econômico-social, desencadeando a valorização da noção de Estado social em substituição do modelo liberal.

O Estado social, agregando à esfera política do Estado liberal a dimensão econômica e social, bem como a preocupação com a efetividade dos direitos individuais e garantias fundamentais, é responsável pela introdução do conceito de socialidade no direito, pelo qual o interesse social prepondera sobre o pessoal.

Esse novo paradigma influenciou o atual Código Civil e promoveu uma revolução na concepção tradicional da empresa, com ênfase para o princípio da função social. A empresa assume, nesse prisma, uma segunda e nova dimensão, na qual se visa garantir o equilíbrio entre interesses privados e interesses sociais.

Todavia, contextualizando o princípio da função social da empresa na realidade atual da sociedade de consumo, nota-se que não bastam os atuais instrumentos de proteção, como a ingerência estatal no mercado de capitais, através da CVM, a desconsideração da personalidade jurídica e a proibição da publicidade enganosa.

É preciso que se imponha às empresas, com lastro no princípio da solidariedade social, uma atividade socialmente mais responsável, impedindo-as, através de maiores limitações à publicidade, de estimularem o jogo das diferenças entre os indivíduos, o que opera na esfera dos estilos de vida, contribuindo para o crescimento do consumismo e da alienação radical.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. São Paulo: Edições 70,

2010.

BAUMAN, Zygmund. **Vida líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BITELI, Marcos. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 229-276.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Trad. Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRAGA, Júlia. **Obsolescência programada**: o consume exacerbado e o esgotamento de fontes naturais, 2012. Disponível em: <<http://www.goethe.de/ins/br/lp/kul/dub/umw/pt10282568.htm>>. Acesso em: 14. set. 2014.

BRIZ, Jaime Santos. **La contratación privada**: sus problemas en el tráfico moderno. Madri: Montecorvo, 1966.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CRETELLA JR.. **Comentários à Constituição de 1988**. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v.1.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC. Fortaleza, v. 26, janeiro-junho, 2007. p. 171-185.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2-4.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Trad. Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FERREIRA, Pinto. Sociabilidade. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de direito**. Saraiva, São Paulo, v. 69, p. 424-425, 1977.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda e al. (coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 343-360.

HEDEMMAN, J. W.. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. Trad. José Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. v. III.

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

LASKI, Harold J. **O liberalismo europeu (The rise of european liberalism)**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LAUAND, Rodrigo Porto. A autonomia privada, o mercado de capitais e os poderes da Comissão de Valores Mobiliários In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. Curitiba, Juruá, n. 2, 2001. p. 227-263.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI; Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 255-309.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e al. (coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

NUNES, Rizatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. rev. e atual..São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTILHO, Fatima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

REALE, Miguel. **O projeto de código civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

_____. A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito. **Revista Forense**, São Paulo, n. 74, v. 262, p. 31-39, abr.-jun., 1978.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

SANTOS, Antonio Jeová Santos. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. II.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES-BAPTISTA, Rozália Del Gáudio. Sociedade do consumo e gestão de desejos: marcas e publicidade face à sustentabilidade. In: PIMENTA, Solange Maria et al. (coord.). **Sociedade e consumo: múltiplas dimensões na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 363-378.

TASCHNER, Gisela. **Cultura, consumo e cidadania**. Bauru, SP: EDUSC, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 810, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e al. (coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003. p. 838-855.

Como citar: SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 28/09/2014

Aprovado em 25/01/2016

O PACTO GLOBAL E A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL: POSITIVAÇÃO E EFETIVIDADE DAS DIRETRIZES E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

THE GLOBAL PACT AND CORPORATE
SUSTAINABILITY: POSITIVATION,
EFFECTIVENESS OF GUIDELINES, AND THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

* Henrico César Tamiozzo
**Marlene Kempfer

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Câmpus Londrina, e da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR), Câmpus Londrina. Advogado. E-mail: henrico@henricotamiozzo.adv.br.

** Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Câmpus Londrina. E-mail: mkempferb@gmail.com.

Resumo: A visão contemporânea de negócios privados, além do legítimo direito ao lucro, precisa ser acompanhada de agir ético, para ser qualificada de empresa sustentável. A preocupação com sustentabilidade deve ser das empresas, dos consumidores e dos Estados. A partir do problema apresentado, objetiva-se o estudo de diretrizes que possibilitem às empresas relegar suas origens para fomentar a atividade sustentável. No ano de 2000 a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou o Pacto Global, um documento que reúne 10 princípios de cunho universalista, com o objetivo de estabelecer diretrizes para políticas e práticas de responsabilidade social empresarial. Elas podem ser reunidas em quatro grupos para tutela de direitos humanos, ambientais, do trabalho e de combate à corrupção. Foi uma importante iniciativa, porém, para efetividade depende da atuação dos Estados, das empresas e da sociedade civil na condição de consumidores conscientes, pois o Pacto não tem caráter vinculatório jurídico. A investigação deste trabalho possibilita definir que as responsabilidades dos Estados, sobretudo, são: atuação por meio normativo para imposição de condutas previstas em leis e regulamentos; atuar por meio da função administrativa para fiscalização; atuação judicial por meio de suas decisões. Para as empresas a contribuição é implementar tais diretrizes na prática empresarial independentemente do país em que atuem. Destaque-se, o importante papel do consumidor de decidir pela empresa que tem atitudes responsáveis. A partir destas premissas, a pesquisa de cunho exploratório e comparativo, volta-se ao Brasil em face do Pacto Global, no objetivo específico de avaliar (i) se a ordem jurídica contém normas que exigem condutas empresariais, conforme os princípios globais da ONU; (ii) a importância da Gestão por Valores para a as empresas; e, (iii) a participação dos consumidores para alimentar a cadeia de responsabilidade social.

Palavras-chave: Sustentabilidade Empresarial; Ética; Pacto Global; Responsabilidade Social.

Abstract: The contemporary view of private businesses, beyond the legitimate right to profit, must be accompanied by ethical actions if they want to be classified as sustainable companies. Nevertheless, sustainability is a concern that should not only be placed on companies, but also on consumers and States. From this dilemma, one of the objectives of this research is to study the guidelines, which allows companies to leave their origins and aide sustainable activity. In 2000, the United Nations (UN) presented the Global Pact - a document that brings together ten principles with a universalistic aspect - in order to establish guidelines for policies and practices that are of corporate and social responsibility. They can be congregated into four groups: protecting the rights of humans, the environment, labor, and anti-corruption. This initiative is important, but its effectiveness depends on States' actions, companies' acts, and civil societies having, as a necessary condition, conscious consumers because the Pact has no legal-binding character. This work's investigation makes it possible to define the States responsibilities in the imposing, with normative acts, of conducts that are already outlined in laws and regulations; its actions are needed in the use of the administrative function of inspection; and judicial actions are important and made possible through its decisions. A company's contribution in this process is to implement such guidelines in business practices independently of the country in which they operate. It is also important to highlight the role of consumers in deciding if a company has met the criteria of the necessary responsible attitudes. From these premises, this exploratory and comparative research will turn its attention to Brazil. It will also relate it to the Global Pact, in particular to evaluate (i) if its laws contain the required provisions for business conducts, within the global principles of the UN; (ii) the importance of the management of a company's values; and, (iii) the consumer participation that feeds the chain of social responsibility.

Keywords: Corporate Sustainability; Ethics; Global Pact; Social Responsibility.

Como citar: TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. O pacto global e a sustentabilidade empresarial: positivação e efetividade das diretrizes e a ordem jurídica brasileira. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.114-164, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p144. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

A ação empresarial na atualidade deveria focar-se não somente no lucro mas, também, agir conforme parâmetros que compõem o discurso da sustentabilidade. Esta visão inclui, além dos valores econômicos da qualidade, eficiência e competitividade, os valores morais solidariedade, equidade e confiança.

Atentando-se aos desígnios de ética e moral nas relações econômicas e de mercado é que este trabalho se propõe a estudar o papel das empresas e quais suas responsabilidades no atual panorama da globalização. Além de propriamente cumprir as leis e regulamentos atinentes à atividade econômica, será possível exigir delas a observância de parâmetros éticos e universais em promoção da sustentabilidade?

A determinação destes parâmetros a serem internalizados pelas empresas é de produção da própria iniciativa privada, dos Estados e da sociedade civil. Dentre os instrumentos universalmente aceitos, que traçam diretrizes de sustentabilidade empresarial, destaca-se nesta pesquisa o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU).

Trata-se de um programa de incentivo à atuação ética empresarial, de natureza não vinculativa, lançado oficialmente no ano de 2000. Apresenta 10 princípios que refletem desafios contemporâneos da humanidade, e são reunidos em quatro áreas: i) direitos humanos; ii) relações de trabalho; iii) meio ambiente; e, iv) combate à corrupção.

Para que a ONU alcance seus objetivos cada Estado que participa desta organização deverá internalizar estes princípios por meio, principalmente, de suas leis. Nesse sentido, o Brasil também deve se empenhar e, assim, contribuir para a prática efetiva de um ambiente negocial que gere segurança jurídica material.

A pesquisa do ordenamento jurídico brasileiro permitirá de modo específico responder se o Brasil está preparado para cumprir o compromisso de crescimento econômico com sustentabilidade, de acordo os parâmetros do Pacto Global. Face à amplitude que o tema possibilita, a análise limita-se, de modo exemplificativo, exploratório e comparativo, à atuação do Estado, das empresas e da sociedade civil.

Para as empresas que atuam em outros Estados, que ainda não positivaram os princípios referidos, internalizá-los, por meio de seus regimentos, estatutos, demonstra compromisso e uma gestão que está orientada por valores.

É grande a responsabilidade dos consumidores para a efetividade de tais diretrizes e mesmo da ordem jurídica. O consumo consciente é seletivo. Assim, decidir contratar com empresas que têm compromisso, de fato, com a sustentabilidade alimentará a cadeia desde a matéria prima até o produto final.

É a possibilidade de um capitalismo que avança da era do progresso para o tempo do desenvolvimento com compromisso social. Muitas empresas já assim atuam e, cada vez mais, são valorizadas, pois, além de um discurso de sustentabilidade, de fato participam desta rede de gestão empresarial por valores.

1 ÉTICA E A EMPRESA CONTEMPORÂNEA

A globalização atinge praticamente todos os setores da sociedade. Para Beck (1999, p. 28), globalização significa “processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”. Para o sociólogo Giddens (1991, p. 69) é a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”.

Na obra “Globalização: as consequências humanas”, Bauman (1999) sintetiza ser a globalização um processo irreversível, que afeta imprevisivelmente a todos, na mesma medida e da mesma maneira. São efeitos globais sentidos pela poluição, criando-se cidadãos globalizados, na medida que a globalização não diz respeito ao que desejamos fazer, mas sim o que está acontecendo a todos nós BAUMAN (1999, p. 7; 66-67).

Com as transformações que decorrem deste processo destaca-se que as empresas são atores importantes pois são fonte de novas tecnologias, ampliam as possibilidades de consumo, geram empregos, recursos públicos por meio da tributação. Assim, há relações de interdependência e para serem duradouras, precisam pautar-se por um sistema de valores e regras sustentáveis.

Domingo García-Marzá (2008, p. 23 e 28), dedica parte inicial do primeiro capítulo de sua obra para a tratar da transformação do papel social da empresa. Segundo ele, o processo de globalização trouxe aumento de poder às empresas e, conseqüentemente, de sua responsabilidade, entendida como capacidade para responder às expectativas sociais nelas depositadas. Neste cenário, a disfunção entre a finalidade da empresa e o seu atuar é a principal razão da dificuldade que as empresas encontram para gerar, manter e desenvolver

a confiança necessária no seu agir. Acrescenta que, na atual conjuntura de “crise de confiança”, a solução está no agir ético empresarial para recuperar a confiança na atividade empresarial:

A ética, como resposta à dimensão moral da empresa, sempre esteve presente, mas é no atual contexto que ela se tornou clara e explícita, funcionalmente sem restrições, se assim o desejamos. Nesse sentido, uma das tarefas essenciais da ética empresarial crítica é dar justificativas ao papel da ética na empresa para evitar, na medida do possível, sua instrumentalização e, com ela, a manipulação e o engano (GARCIA-MARZÁ, 2008, p. 25):

Estudos importantes da ética voltada às relações econômico-empresariais foram desenvolvidos por Cortina (2008, p. 13-15) no sentido de enfatizar que sua recepção pelo empresariado funciona como motor de renovação social diante da geração atual que clama por uma nova ordem social. Sublinha (2008, p. 75) que há uma forte tendência, oriunda, sobretudo, da ciência econômica, em dificultar ou até mesmo impossibilitar a união da “ética” com a “empresa”.

Realmente não se pode olvidar que falar em ética nos negócios, para os aplicadores da ciência econômica, pode parecer uma contradição, ou até um enfrentamento para o qual não haveria solução. Isto se explica com base na oposição dos valores eficiência e equidade, o primeiro tipicamente econômico e o segundo tipicamente moral (CORTINA, 2001, p. 263).

Advogando pela possibilidade – para não dizer, necessidade – da união entre ética e empresa, Cortina (2001, p. 265-266) comenta que a ciência econômica, propriamente, em sua essência, tem como finalidade auxiliar a vida social, ou seja, só existe para servir ao homem. Nesse sentido, compreende-se que a economia não é moralmente neutra, do mesmo modo que também não é nenhuma das atividades humanas que têm desígnio social. O fim social da economia é propriamente a satisfação de necessidades humanas, e nela é possível encontrar princípios peculiares, desde eficiência até equidade, qualidade, competitividade e solidariedade. Qualquer atividade social que queira apresentar-se como legítima deve atender a critérios justos de equidade e racionalidade comunicativa.

Ao considerar o aspecto ético em suas decisões, a empresa age de forma socialmente responsável, preocupando-se com a qualidade do impacto de suas

ações sobre as pessoas, as outras organizações, a economia e o meio ambiente. Portanto, a responsabilidade social empresarial relaciona-se intrinsecamente com o discurso ético.

Para dar sentido e efetividade ao estudo do que é de responsabilidade das empresas, nota-se ser um bom caminho a fixação de padrões e diretrizes, de bases éticas e em escala internacional, as quais responderão aos desafios da sociedade contemporânea e contribuirão para o desenvolvimento da ordem econômica sustentável.

Na relação intrínseca entre a universalidade¹ da ética empresarial e a atualidade global das questões voltadas a ela, apresenta-se uma busca constante de diretrizes para definir as práticas e princípios básicos de comportamento que garantam e fortaleçam o tripé da sustentabilidade e a aliança de mútua confiança entre empresas, estado e sociedade (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 36). A partir destes argumentos defende-se parâmetros nacionais e internacionais de ética empresarial que caminham para o desenvolvimento de empresa sustentável.

No Brasil, são exemplos os indicadores privados de responsabilidade social do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e as normas criadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (NBR 16001). Em âmbito internacional, citam-se as propostas da *Global Reporting Initiative*², as linhas e diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre investimento internacional e empresas multinacionais, a International Organization for Standardization (ISO 26000).

2 O PACTO GLOBAL E DIRETRIZES PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

A proposta do Pacto Global foi anunciada a primeira vez pelo ex-Secretário Geral das Nações Unidas, o ganhês Kofi Annan, em 31 de janeiro de 1999 na reunião anual do Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos). O

¹ Na obra de Domingo García-Marzá cujo título é “Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa”, quando citam-se os termos “universalidade ética” ou “universalização da ética”, pretende-se falar no sentido de generalizar, difundir, propagar e uniformizar a ética, que confirme e reconheça a pluralidade da sociedade moderna, e dentro desse reconhecimento, consiga definir os mínimos morais que caracterizam o juízo prático. Assim, a universalidade da ética empresarial é a busca de padrões éticos e sustentáveis que afirmem e legitimem a atuação da atividade empresarial.

² Organização Internacional que trabalha no campo da sustentabilidade. Seu nome, na tradução ao português, significa: “Relatório Global de Iniciativas”.

lançamento oficial deu-se em 26 de julho de 2000, no escritório da ONU em Nova Iorque (PACTO..., 2013a).

Trata-se de um documento composto de dez princípios reunidos em quatro áreas do Direito, quais sejam:

i) Direitos Humanos: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; e, assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos.

ii) Direito do Trabalho: As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; A abolição efetiva do trabalho infantil; e Eliminar a discriminação no emprego.

iii) Direito de Proteção Ambiental: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis.

iv) Direito Penal e Administrativo Sancionatório de Combate à Corrupção, sendo esta diretriz inserida em 24 de junho de 2004: As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.

É importante a participação da ONU na discussão internacional do desenvolvimento sustentável e responsabilidade das empresas, conforme destaca Estigara, Pereira e Lewis (2009, p. 45):

Ao visualizar as empresas e demais instituições como importantes atores na promoção do desenvolvimento sustentável, a ONU passou a fomentar a participação do setor privado nos esforços voltados à promoção do desenvolvimento sustentável, mediante a inserção de princípios de responsabilidade social em suas práticas. Como resultado surgiu o Pacto Global, um convite efetuado ao setor privado pelo Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, para que juntamente com algumas agências das Nações Unidas e atores sociais contribuísse para avançar a prática da responsabilidade social corporativa, na busca de uma economia global mais sustentável e inclusiva.

O Pacto tem como objetivo mobilizar os Estados que compõem a ONU

e a comunidade empresarial, para encorajá-las a construir uma ordem jurídica interna que positive tais princípios e adotar condutas responsáveis e ações de sustentabilidade em suas práticas de negócios, respectivamente. Esta iniciativa conta com o apoio de cinco agências da Organização das Nações Unidas – ONU, sendo elas, o Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos (OHCHR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), lideradas pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (PACTO..., 2013c).

O Pacto Global é um instrumento de livre adesão pelas empresas, organizações da sociedade civil e demais interessados, possuindo atualmente mais de 5.200 organizações signatárias, articuladas por 150 redes mundiais. Para fazer parte do programa, a empresa deverá preencher uma carta e um formulário, além de obrigar-se a informar às partes interessadas, stakeholders, acerca da adesão, emitir uma nota na imprensa para tornar o compromisso público, implementar e propagar os princípios do Pacto (PACTO..., 2013b). As empresas que aderirem ao Pacto são chamadas a publicar, anualmente, uma Comunicação de Progresso (COP), e comunicar todo ano, às partes interessadas, os progressos realizados na implementação dos dez princípios do Pacto Global.

Em dezembro de 2003 foi criado o Comitê Brasileiro do Pacto Global (CBPG), que reúne o setor privado, a sociedade civil organizada, academia e agências do Sistema das Nações Unidas no Brasil (PACTO..., 2013A). Em consulta realizada em março de 2016, a lista de signatárias do Pacto Global no Brasil era composta de 1.030 entidades (PACTO..., 2015).

Nos termos a seguir dissertados argumenta-se que o atual Estado brasileiro reúne um conjunto normativo, a partir da Constituição Federal de 1988 e normas que compõem o atual ordenamento por meio da recepção normativa, que possibilitam conviver em um ambiente de sustentabilidade conforme parâmetros da ONU.

3 O CONJUNTO NORMATIVO BRASILEIRO E AS DIRETRIZES DO PACTO GLOBAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mantém a tradição de deixar explícito o dever dos governos, das empresas e da sociedade civil, de respeitar e promover os direitos humanos, inclusive aqueles contidos nos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais, conforme Art.

5º, § 2º. Ainda, nos termos do Art. 4º, inciso II (BRASIL, 1988), as relações do Brasil no âmbito externo devem ser norteadas pela prevalência dos direitos humanos. A positivação dos direitos humanos em nível constitucional e infraconstitucional nas suas dimensões de individuais e coletivos, sociais e transindividuais, geram ambiente de previsibilidade tanto para relações públicas quanto privadas.

A determinação constitucional do direito fundamental à livre iniciativa, inscrita no Art. 1º, IV e Art. 170, parágrafo único da Carta Maior (BRASIL, 1988) cujo exercício deve submeter-se às leis, aponta a intervenção do Estado por meio normativo. Nesta modalidade interventiva e diante das diretrizes do Pacto global ora em consideração, afirma-se, que há proteção para os direitos do trabalho, do ambiente e de combate à corrupção no âmbito das relações público-empresarias.

Acrescente-se que a proteção aos direitos fundamentais é garantida pelo direito pleno de acesso à justiça (Art. 5º), devido processo legal, ampla defesa, inclusive por meio de assistência jurídica e gratuita aos que estão são considerados com insuficiência de recursos (BRASIL, 1988).

O Pacto Global com suas diretrizes destaca a necessidade de cuidados com os direitos humanos, com o trabalho humano, o ambiente e a corrupção. O Brasil reúne atualmente valores e normas em nível constitucional e infraconstitucionais para proteger tais direitos:

a) no âmbito da valorização do trabalho humano (Art. 170) no texto constitucional (BRASIL, 1988), princípio que é fundamento para a tutela dos direitos à liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva (Art. 8º); à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Art. 248); à abolição efetiva do trabalho infantil (Art. 7º, XXXIII); e, à eliminação de todas as formas de discriminação no emprego (Art. 7º, XXX ao XXXII e XXXIV).

As regras constitucionais acima apontadas foram regulamentadas por meio de leis e atos administrativos. Entre eles, destaque-se: a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943); a lei que regulamenta a condição análoga à de trabalho escravo (BRASIL, 2003); o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990a); lei que proíbe a descriminalização e práticas que limitam acesso e permanência na relação de trabalho (BRASIL, 1995).

b) no âmbito da proteção ao ambiente orientam os parâmetros do Pacto Global que as empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios

ambientais; Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e, Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis. Tais diretrizes, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, estão positivadas por meio de normas que impõem condutas obrigatórias para impor condutas preventivas (licenças ambientais), punir condutas criminosas (responsabilização ambiental) e normas promocionais tais quais as que disponibilizam créditos públicos facilitados para as empresas que têm iniciativas de investimento em tecnologias que diminuam os riscos de agressão ambiental.

O marco regulatório a destacar é a Lei nº 6.938/81 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (BRASIL, 1981), entre outras importantes regras: Lei dos Agrotóxicos (BRASIL, 1989); Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 1997); Lei dos crimes e Infrações Ambientais (BRASIL, 1988); Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001); Lei da Biossegurança (BRASIL, 2005); Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (BRASIL, 2009); Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (BRASIL, 2010); e, o Código Florestal (BRASIL, 2012a).

c) no âmbito de combate a corrupção, inclusive de conduta de extorsão e propina e de infrações, a legislação brasileira avançou significativamente com a Lei da Empresa Limpa (BRASIL, 2013) que, nos termos de sua ementa, “responsabiliza administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Anteriormente a esta lei já eram descritas condutas criminosas conforme, por exemplo: o Código Penal (BRASIL, 1940), que descreve as condutas de corrupção ativa (Art. 333), corrupção passiva (Art. 317) e o suborno (Art. 337-B; o crime de “lavagem” ou ocultação de bens (Art. 1º) da Lei nº 9.613 (BRASIL, 1998); a tipificação da lesão ao procedimento licitatório e prejuízo ao erário público em face de contratos (Arts. 86 a 99), da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

As competências para intervenção do Estado sobre o domínio econômico, nos termos do Art. 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), além da normativa, há a fiscalizatória. Por meio desta busca-se prevenir ou fazer cumprir as condutas que decorrem das relações do trabalho, da tutela ambiental e as antijurídicas infracionais ou criminosas tipificadas por corrupção, extorsão, propina, em consideração neste estudo. Para tanto tem-se a atuação da função administrativa e a jurisdicional do Estado. Neste sentido, conforme Bobbio (2001, p. 47) “O problema da eficácia da norma é o problema de ser ou não

seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”.

A busca pela efetividade do ordenamento jurídico é um grande desafio e seu percurso será menor quando houver o reconhecimento jurídico, por seus destinatários, de sua legitimidade. Assim, se a empresa reconhece a importância e cumprir as normas que compõem o ordenamento pode-se defender que tem condutas cumpridoras de sua função social constitucional e legal.

Considerando que a ordem jurídica brasileira está em consonância com o Pacto Global e se a empresa estiver sob a jurisdição brasileira e cumpridora da sua função social estará, também, conforme as diretrizes do Pacto Global e em sintonia global com ações de sustentabilidade em seu sentido econômico, ambiental e social.

4 ATUAÇÃO DAS EMPRESAS EM FACE DO PACTO GLOBAL

As diretrizes do Pacto Global são importantes pois permitem avaliar as empresas que se comprometem atuar de forma sustentável. Esta avaliação pode ser realizada pelos consumidores e pela própria empresa. Para os primeiros permite escolher aquelas de quem irão comprar e, assim, contribuir para um consumo consciente. Para os empresários agir por meio de gestão que leve a construir confiança, transparência e diálogo. Este modelo é entendido por Simon L. Dolan e Salvador Garcia, como um modelo fundado em valores e, por isso, chamado de Gestão por Valores – GPV. Nesse sentido Dolan; García (2006, p. 4):

A GPV pode ser definida como uma filosofia ou prática de gestão através da qual o foco é ao mesmo tempo mantido nos valores essenciais de uma empresa e alinhado com os seus objetivos estratégicos. Esta abordagem centra-se em três domínios baseados no valor: (1) Econômico-Pragmático; (2) Ético-Social; e (3) Emocional-Desenvolvimento.

As três dimensões ou facetas de uma empresa dirigida por sistema de valores são analisadas da seguinte maneira: (1) valores Econômicos-Pragmáticos incluem valores relativos à eficácia, padrões de desempenho e disciplina, que orientam as atividades de planejamento, garantia de qualidade e contabilidade;

(2) valores Ético-Sociais estão associados à honestidade, congruência, respeito e lealdade e orientam a forma como as pessoas se comportam em grupo; (3) valores Emocionais-Desenvolvimento relacionam-se com a confiança, liberdade e felicidade, essenciais para a criação de novas oportunidades (DOLAN; GARCÍA, 2006, p. 15).

Acima de tudo a GPV funda-se na essência da verdadeira liderança voltada aos valores humanos, vista como uma nova forma de compreender e aplicar conhecimento no campo do desenvolvimento organizacional, partindo de uma abordagem desenvolvida por psicólogos sociais e outros cientistas comportamentais de meados do século XX. Essas teorias anteriores eram conhecidas como Gestão Por Instruções (GPI), dos anos 1920, e Gestão Por Objetivos (GPO), dos anos 1960. É por meio da GPV que também se estabelece uma renovação contínua da cultura da empresa, crucial para motivar o compromisso coletivo com a criatividade da qual nasce a inovação (DOLAN; GARCÍA, 2006, p. 4; 6).

O gestor ou líder tem, basicamente, três funções: simplificar, orientar e assegurar o compromisso. Uma empresa não pode se basear na dominação, deve pautar-se pela confiança. Esta é a chave principal da gestão por valores. Na relação evolutiva anteriormente explicada, pode-se dizer que os chefes utilizam as instruções como ferramentas de gestão, enquanto os administradores utilizam os objetivos, contudo, por sua vez, os líderes usam os valores (DOLAN; GARCÍA, 2006, p. 5).

A confiança na empresa se constrói, especialmente, a partir de condutas que estejam conforme referenciais jurídicos ou privados fundamentados no valor econômico da eficiência (qualidade) e naqueles que fundamentam os direitos humanos, uma vez que estes têm por foco a humanização das relações e a tutela ambiental. São estes os fundamentos do Pacto Global e da ordem jurídica brasileira conforme exposto. É necessário respeitar as normas que cuidam das relações do trabalho pois sem o trabalho humano a empresa é inviável. Contribuir com inovações, tecnologias, mas, que sejam compatíveis com as normas que tutelam de modo preventivo o ambiente. Não praticar de modo direto ou se envolver com condutas de corrupção.

Além destes compromissos a empresa deve participar de redes de sustentabilidade. Nos termos do Pacto Global, assegurar-se de sua não participação em violações dos direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente. As empresas devem respeitar e exigir que outras empresas, com as quais mantém negócios ou outra forma de envolvimento atuem, no

mínimo, conforme as diretrizes do Pacto Global. A empresa que opta por uma Gestão por Valores não deve, por exemplo: negociar com empresa que emprega mão de obra escrava, infantil, discriminatória; que seja responsável por danos ambientais ou utilize matéria prima ambientalmente condenável; que tenha condenação por crimes de corrupção em suas diferentes formas de atuação ou omissão, inclusive por sonegação fiscal. Neste sentido a rede de sustentabilidade poderá contribuir significativamente para um ambiente econômico onde a ética se faz presente.

5 A CONTRIBUIÇÃO DO PACTO GLOBAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Embora as diretrizes do Pacto Global não tenham caráter vinculatório no âmbito jurídico são importantes para os Estados, empresas e consumidores. Com este tripé empenhado em objetivo comum, um ambiente econômico sustentável será crível. Ou seja: o Estado intervir por meio normativo, fiscalizar, para prevenir e reprimir condutas das empresas que ainda não entenderam ou não querem praticar a sua função social, inclusive, intervir por meio do incentivo com crédito público ou extrafiscalidade; as empresas em internalizar a cultura da gestão por valores; e, o consumidor ser seletivo em suas escolhas.

A maioria dos consumidores contemporâneos, em regra, estão em posição desfavorável em face do poder econômico. Este, tem presença forte de persuasão quer seja pela quantidade expressiva de produtos e serviços, o caminho do marketing a instigar o consumo e a oferta de crédito. Felizmente cresce, ainda que de modo lento, mas, contínuo, o número de consumidores que podem ser chamados de consumidores conscientes. Estes passam a tomar atitudes de resistir ao consumismo, aos produtos de obsolescência programada, e começam a avaliar a empresa por seu grau de responsabilidade social.

Avaliar a responsabilidade das empresas no que tange ao cumprimento de sua função social é muito importante. Para tanto são louváveis as contribuições das diretrizes do Pacto Global, de um ordenamento jurídico que reúna normas para possibilitar a ação do Estado ou as iniciativas de instituições que certificam as boas condutas das empresas.

A chave para abrir as portas do consumo consciente, além da educação para o consumo é importante que o valor da transparência seja positivado por meio de regras jurídicas ou pelos estatutos ou regimentos das empresas.

No caminho educacional tanto no âmbito da formação institucional

quanto por meio do autoconhecimento deve-se considerar, por exemplo, que é preciso satisfazer as necessidades, mas impor limites às suas compras e optar por empresas que estão nesta rede de sustentabilidade. É preciso reconhecer que o capitalismo se retroalimenta pelo consumo e, até anos atrás, a isto se denominava progresso. Atualmente, este mesmo capitalismo precisa do consumo, mas, é momento de agregar ao consumo além da eficiência econômica a qualidade nas relações humanas. Em vez do progresso quer-se o desenvolvimento sustentável.

O valor da transparência se realiza quando o consumidor tem acesso às informações essenciais que o possibilitem escolher. Neste sentido a importância da divulgação do Pacto Global, do acesso aos cadastros públicos que informam sobre as condutas empresarias, os selos de certificações e, fundamentalmente, a organização coletiva dos consumidores.

No Brasil merece destaque o Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990b) em seus Arts. 4º e 6º que tratam, respectivamente, da Política Nacional do Consumo e dos Direitos Básicos do Consumidor. Entre eles, destaque-se os direitos e deveres sobre o consumo adequado dos produtos e serviço, o dever de promover educação e informação sobre relações consumeristas. Inclusive, é conduta criminosa, nos termos do Art. 72 do CDC “Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros.” (BRASIL, 1990b).

Em apoio a este fundamental direito foi aprovada a Lei nº 12.527, que garante o direito a ter acesso a informações. Estas, nos termos do Art. 4º dizem respeito “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011). Assim, é direito obter informações sobre empresas que foram condenadas, por exemplo, por utilizar trabalho escravo, trabalho infantil, prática de danos ambientais, corrupção. Nestes termos, nessa Lei, o Art. 21 dispõe que “Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” (BRASIL, 2011).

É importante registrar que para dar efetividade ao princípio da transparência e o direito à informação tem-se a Lei nº 12.846/13 que além de trazer normas sobre a responsabiliza administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevê a implementação Cadastro Nacional das Empresas Punidas, nos termos do Art. 22, com a finalidade de divulgar as sanções aplicadas às empresas no âmbito tanto do Executivo, Legislativo e Judiciário (BRASIL, 2013). Outro cadastro importante é o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas,

que divulgam as sanções aplicadas em face de condutas de infração ou crime apurados em processos que envolvem licitações e compras governamentais. Com este panorama mínimo defende-se que a ordem jurídica brasileira reúne regras para garantir ao consumidor o acesso a dados sobre as empresas que permitem escolhas em favor das empresas que estão comprometidas com a sustentabilidade nos termos do Pacto Global.

Destaque-se que as instituições certificadores de qualidade empresarial também têm importante contribuição. Exemplificando os critérios para certificar as empresas construídos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em sua NBR 16001 publicada em 2004 e atualizada em 2012 para adaptar-se a ISO 26000 publicada em 2010. Estas normatizações estabelecem diretrizes para avaliar o sistema de gestão de responsabilidade social a todos os “tipos e portes de organizações (pequenas, médias e grandes) e de todos os setores (governo, ONG’s e empresas privadas)” (INMETRO..., 2016). Entre suas diretrizes sublinhe-se o compromisso com o princípio da transparência para avaliar: o comportamento ético; o respeito pelos interesses das partes interessadas; o atendimento aos requisitos legais e outros requisitos subscritos pela organização; o respeito às normas internacionais de comportamento; o respeito aos direitos humanos e a promoção do desenvolvimento sustentável. Pode-se afirmar que tais diretrizes privadas estão em harmonia com o Pacto Global.

A empresa que se submeter a avaliação para ser certificada pode divulgar o selo de qualidade que obtiver. O consumidor informado terá, assim, mais uma fonte para fundamentar suas escolhas por ocasião das compras e contratações de serviços.

A contemporaneidade é marcada pela tecnologia da informação. Esta pode ser utilizada para organização coletiva dos consumidores, associações, fundações. Trocar informações com agilidade e de modo responsável, tem alcance para além das fronteiras. Muitas empresas atuam em diversos países e por meio dos meios de comunicação disponíveis é possível denunciar condutas que afrontam valores e regras essenciais para a convivência humana sustentável. Neste sentido, para exemplificar, consta a seguinte manchete no sítio eletrônico GreenMe “6 Multinacionais Envolvidas com Trabalho Escravo e Exploração do Infantil” (2014). Divulgar é um meio de ser uma organização combativa que contribui para estimular consumidores combativos. (FLORIOS, 2014, p. 1).

Aumentados os níveis de conhecimento e de informação do consumidor, também aumenta o seu poder de juízo crítico sobre a oportunidade e a

conveniência da contratação. É o que se tem chamado de vontade qualificada ou consentimento esclarecido (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 94-96). A atuação consciente do consumidor atrelada à boa-fé do fornecedor, ditada pela Gestão por Valores, deve-se fazer presente em todas as esferas do consumo, agindo no antes, durante e depois da relação de consumo.

O Brasil avança, conforme se pode aferir no Projeto de Lei nº 3.899/12, da deputada Jandira Feghali, que tramita na Câmara de Deputados Federais. Ele traz normas para uma Política Nacional de Estímulo à Produção e ao Consumo Sustentáveis. Entre importantes normas destaque-se as que tratam da competência para implementar tais políticas: “Art. 6º São instrumentos da Política Nacional para o estímulo à Produção e ao Consumo Sustentáveis: I – o Selo Nacional de Produção e Consumo Sustentáveis; II – os incentivos fiscais, financeiros e creditícios, na forma da legislação pertinente [...]” (BRASIL, 2012b). Analisando o mesmo, em seu Art. 7º, permitirá certificação com a finalidade de desestimular práticas que não atendam aos princípios da sustentabilidade ambiental e da equidade social.

Diante das considerações apresentadas pode-se afirmar que o Brasil tem e terá, caso o projeto de lei referido seja aprovado, instrumentos que possibilitam informações para estimular o consumidor combativo.

CONCLUSÃO

O foco desta pesquisa está em analisar a importância do Pacto Global, apresentado pelo ONU, no ano de 2000, que traz diretrizes para orientar os Estados signatários desta organização, as empresas e consumidores sobre as condutas empresariais que permitem qualificar as empresas responsáveis e de atuação sustentável. Este Pacto não tem caráter jurídico vinculatório, mas, aponta para uma possibilidade de referências universalizantes, na medida em que reúnem aspectos de desafios contemporâneos: tutela dos direitos fundamentais, relações do trabalho, meio ambiente e corrupção.

Defende-se que estas diretrizes devem ser positivadas pelos Estados e, assim, terão uma ordem jurídica alinhada com a prevenção e combate, por exemplo: ao trabalho escravo, infantil, discriminatório; aos danos ambientais e à corrupção tanto nas relações econômicas privadas quanto públicas. Neste recorte, e quanto ao Brasil, pode-se afirmar que há uma ordem jurídica adequada conforme apresentado no desenvolvimento do artigo. No nível constitucional e infraconstitucional há competências para os governos

intervirem normativamente, por meio de fiscalização e incentivo sobre o domínio econômico e positivar todos as diretrizes do Pacto Global. Defende-se que não são mais necessárias leis, mas, uma atuação mais eficiente no desempenho das funções administrativas.

Quanto as empresas aponta-se que o modelo da Gestão por Valores (GPV) é um caminho que permite que elas atuem não somente motivadas por valores econômicos tais quais os da eficiência e da qualidade, mas, também, com os Ético-Sociais que estão associados à honestidade, congruência, respeito e lealdade e orientam a forma como as pessoas se comportam em grupo e valores Emocionais-Desenvolvimento relacionam-se com a confiança, liberdade e felicidade. As empresas devem atuar e exigir que outras empresas, com as quais realizam negócios, sejam parte desta rede de sustentabilidade pautada nas diretrizes do Pacto Global, mesmo que no País onde atuam a ordem jurídica não tenha positivado ou positivado parte de tais diretrizes. É importante que a empresa construa uma cultura de sustentabilidade por dever moral.

As empresas que querem ingressar e permanecer no domínio econômico devem primar por um ambiente de confiança tanto nas suas relações internas quanto externas. Neste caso, destaque-se, com os consumidores que estão a cada dia mais conscientes e combativos.

O Pacto Global é importante para despertar o consumo consciente. O consumidor tem poder de fazer suas escolhas por produtos, mercadorias, serviços e, assim, movimentar as engrenagens do capitalismo. Ao optar por realizar negócio com empresas responsáveis socialmente, satisfaz suas necessidades e contribui para manter tais empresas no mercado. Para tanto, o consumidor precisa ser educado para o consumo e ter acesso a informações, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Neste sentido é fundamental a divulgação do Pacto Global e dos cadastros públicos que arquivam dados sobre empresas que têm condutas reprováveis diante da ordem jurídica.

Outra fonte de informação ao consumidor são as certificações de responsabilidade social, tais quais as da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com sua NBR 16001 e da International Organization for Standardization (ISO) com sua ISO 26000. As normas que compõem tanto da ABNT quanto da ISO estão em harmonia com o Pacto Global. As empresas que passam pelo crivo destas instituições recebem um selo que as qualifica para o nível de empresas sustentáveis.

Finalmente, defende-se que a efetividade do Pacto Global dependerá da forte atuação dos Estados por meio de seu ordenamento jurídico e de políticas

públicas, das empresas que têm cultural de responsabilidade social e do consumidor consciente e combativo.

REFERÊNCIAS

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

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** Equívocos do globalismo respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 03.mar.16.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- _____. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- _____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Projeto de Lei Nº 3.899, de 16 de maio de 2012a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4689B3C8B9726D63BFF41B5B603BE5CF.proposicoesWeb2?codteor=994092&filename=PL+3899/2012>. Acesso em 03.mar.16.

_____. Projeto de Lei nº 3899, de 22 de maio de 2012b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=545304>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Madri: Tecnos, 2001.

_____. **Ética de la Empresa**: claves para una nueva cultura empresarial. Madrid: Trotta, 2008.

DOLAN, Simon L.; GARCIA, Salvador. **Gestão por valores**. Porto: BioRumo, 2006.

ESTIGARA, Adriana; PEREIRA, Reni; LEWIS, Sandra A. L. Barbon. **Responsabilidade social e incentivos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2009.

FLORIOS, Daia. **Multinacionais envolvidas com trabalho escravo e exploração infantil**. 2014. Disponível em: <<https://www.greenme.com.br/viver/trabalho-e-escritorio/126-6-multinacionais-envolvidas-com-trabalho-escravo-e-exploracao-infantil>>. Acesso em: 03 mar.16.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial**: do diálogo à confiança na empresa. Pelotas, Educat, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91, de 05 de outubro de 2011. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D32DC09BB0132DFD134F77441/in_20111005_91.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2015.

INMETRO. A norma nacional: ABNT NBR 16001. 2004. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/norma_nacional.asp>. Acesso em: 03 mar.16.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA. **Histórico**. 2013. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/63/Historico>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA . **Lista de signatários**. 2015. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/64/Lista-de-Signatarios>>. Acesso em 03 mar. 2016.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA. **Objetivos**. 2013. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/57/Objetivos>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA . **O que é?** 2013. Disponível em <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/O-que-eh>>. Acesso em 03 mar. 2016.

Como citar: TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. O pacto global e a sustentabilidade empresarial: positividade e efetividade das diretrizes e a ordem jurídica brasileira. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.114-164, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p144. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 08/10/2015

Aprovado em 18/03/2016

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO À LUZ DA TEORIA CONTEMPORÂNEA DO INADIMPLEMENTO

CONTRACTUAL LIABILITY AND THE CLAUSE
OF REDUCTION OF THE IMNDENITY IN
LIGHT OF THE CONTEMPORARY THEORY OF
DEFAULT

* Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral

**Nathalia Nunes Ponteli

Resumo: A responsabilidade civil assume especial relevância na sociedade atual, ao surgir como instrumento apto a restabelecer o equilíbrio social diante de danos causados pela inobservância de dever geral de cautela ou pelo inadimplemento contratual. Objetivando proporcionar amplo ressarcimento, foram desenvolvidos mecanismos que flexibilizam a verificação dos pressupostos da responsabilidade e ampliam a proteção à vítima. Todavia, a redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, atua como limitador à reparação integral do dano, quando houver desproporção entre este e a culpa do lesante. Este trabalho analisa se, diante da teoria contemporânea do inadimplemento contratual - que reconhece a ocorrência da culpa pelo mero descumprimento voluntário do pactuado entre os contratantes - será aplicável o mencionado dispositivo às hipóteses de responsabilidade contratual e, sendo cabível, quais os limites a serem observados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Redução da indenização. Responsabilidade contratual.

Abstract: Civil liability is particularly relevant in today's society as it emerges as an instrument, which restores social balance in the face of the damage caused by a breach in the general duty of precautionary measures or by a contractual default. Aiming to provide ample compensation, mechanisms were developed to mitigate the verification of the assumptions of responsibility, which extends to the protection of the victim. However, the equitable reduction of compensation is provided for in the sole paragraph of the Article 944 of the Brazilian Civil Code and it acts as a limiter of the damage's full compensation

* Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora da Graduação e Pós-graduação e Vice-Coordenadora do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: anaclaudiazuin@live.com.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. E-mail: nathpontelli@hotmail.com.

when there are disproportions between damage and guilt. This study aims to examine whether - in the face of the contemporary theory of contractual default, which recognizes the occurrence of guilt by mere voluntary breach of the contract between parties - this aforementioned device would be applied to cases that involve contractual liability, and, what are the limits, where appropriate, that need to be observed.

Keywords: Civil liability. Reduction of imndenity. Contractual liability.

Como citar: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONTELI, Nathalia Nunes. Responsabilidade contratual e cláusula geral de redução da indenização à luz da teoria contemporânea do inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.165-193, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p165. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil vem se consolidando nas últimas décadas como um dos mais relevantes na sistemática do Direito Civil atual, na medida em que constitui mecanismo apto à pacificação e restabelecimento do equilíbrio social, constantemente abalado em razão dos inúmeros danos decorrentes da ampliação das relações humanas, públicas e privadas, em volume e complexidade. Tal realidade é consequência direta do surgimento de uma sociedade globalizada, econômica e culturalmente, ligada em rede, com transmissão instantânea de dados, informações e produtos, criando um risco constante de violação de direitos e interesses juridicamente relevantes, causando danos que atingem amplo alcance, muitas vezes provocados por relações de consumo ou contratos de adesão.

A fim de assegurar o mais completo ressarcimento às vítimas, o Código Civil brasileiro adotou o princípio da reparação integral, que estabelece que todo dano deve ser indenizado ou compensado, trazendo satisfação ao lesado, que reconhece o amparo estatal ao direito violado, e punição e desestímulo ao ofensor, evitando assim sua reincidência.

Todavia, a despeito da adoção do princípio da reparação integral, o Código Civil de 2002 prevê no parágrafo único do artigo 944 a possibilidade de redução da indenização quando observada a excessiva desproporção entre a culpa e o dano. Tal dispositivo legal é admitido no ordenamento jurídico como cláusula geral apta a promover a relativização do princípio da reparação integral, autorizando a redução equitativa do valor da indenização a critério do julgador, mediante análise do grau de culpa do ofensor em contraposição à gravidade do dano causado.

A aplicação da redução equitativa da indenização, no entanto, está longe de ser tema pacificado na doutrina e jurisprudência, na medida em que implica em aparente ofensa à ideia de justiça corretiva prevista por Aristóteles - que se constitui na busca pela manutenção da igualdade entre as partes na relação entre particulares, cuja inobservância resultaria em consequências visando o restabelecimento do equilíbrio maculado - muito presente até os dias atuais quando se trata do ressarcimento de danos.

Em meio às divergências acerca da possibilidade de aplicação do parágrafo único do artigo 944 um tema de inegável relevância se destaca: se seria possível a aplicação da redução equitativa da indenização para os danos

decorrentes de inadimplemento contratual e, neste contexto, como o elemento culpa deve ser compreendido.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da responsabilidade civil, cuja origem encontra raízes na ideia de justiça corretiva de Aristóteles, funda-se na violação de um dever jurídico de observância obrigatória e que cause dano a outrem, fazendo nascer um novo dever jurídico, dito secundário: o de reparar o dano.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 2) “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Desde o direito romano observa-se a criação de mecanismos que tinham como objetivo restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas entre particulares em caso de violação de direitos que resultem em danos. A Lei das XII Tábuas e a Lex Aquilia traziam a previsão expressa de reparação para a prática de alguns delitos, como a *damnum iniuria datum* (dano à coisa alheia animada ou inanimada), a qual ensejava a reparação pecuniária pelo dano causado ao proprietário, através do simples ressarcimento (se houvesse a confissão do ofensor) ou à condenação em dobro (se houvesse a negativa deste e prova em contrário), conforme destaca (SANSEVERINO, 2010, p. 21).

Inicialmente, a reparação do dano assumia caráter predominantemente punitivo, demonstrando que o foco do instituto estava na função pedagógica em relação ao ofensor e não na satisfação/compensação da vítima (PARGENDLER, 2004, p. 5).

O modelo de responsabilidade civil que conhecemos na atualidade, com a separação dos ilícitos civis e penais e com a prevalência da função satisfativa da indenização surge com a edição do Código Civil Francês de 1804, modelo acolhido e reproduzido pela maioria dos países com legislação civil codificada, inclusive pelo Brasil:

No existía en las leyes bárbaras un principio general en materia de responsabilidad civil, Tampoco en las antiguas costumbres francesas se advierte un sistema distinto del establecido por el derecho romano, según el cual no había un concepto de delito

sino delitos diversos y su correspondiente tabla de rescate impuesta obligatoriamente al autor y a la víctima. [...] Más aún, no se distinguió en Francia sino bastante tiempo después, alrededor del siglo XII, el delito civil del delito penal.

Demogue dice que en la segunda mitad del siglo XII fue cuando se puso en claro la separación de la reparación y de la pena.

[...] Tratándose de los delitos privados la acción reconocida a la víctima conservaba en muchos casos carácter penal, particularmente en aquellos hechos que por atacar a la persona y atentar contra el honor concitaban el espíritu de venganza. Esa acción era la de reparación civil, que se distinguía netamente de la acción por indemnización de daños y perjuicios. La primera era de carácter penal y correspondía al precio de la sangre persiguiendo el castigo del ofensor, La segunda no tenía ya carácter penal sino resarcitorio de los daños ocasionados a los bienes.

[...] Los redactores del Código Civil francés siguieron el cauce del antiguo derecho. Fue así que quedó definitivamente establecida la distinción entre pena (sanción represiva) y reparación civil del daño (sanción resarcitoria). También fue principio incontrovertido que todo daño debe ser reparado por aquél por cuya culpa fue ocasionado (ALSINA, 1997,

¹ Tradução livre: “Não havia nas leis bárbaras um princípio geral em matéria de responsabilidade, tampouco nos antigos sistemas aduaneiros franceses algo diverso do estabelecido pelo direito romano, segundo o qual não havia o conceito de delito, mas vários delitos e correspondente tábua de salvação obrigatoriamente imposta ao agressor e da vítima. [...] Além disso, não se distinguiu na França, senão algum tempo depois, por volta do século XII, o delito civil do delito penal. Demogue afirmou que somente na segunda metade do século XII tornou-se clara a separação de reparação e punição. [...] No caso de delitos privados a ação assegurada à vítima preservada em muitos casos o caráter penal, particularmente naqueles casos em que o ataque à pessoa e a violação da honra despertavam o espírito de vingança. Essa ação era de reparação de danos civis, que se distinguia claramente da ação de indenização por perdas e danos. A primeira possuía natureza penal e correspondia ao preço do sangue perseguindo a punição do infrator, a segunda não tinha natureza criminal, mas ressarcitória de danos materiais. [...] Os redatores do Código Civil francês seguiram o curso da lei antiga. Foi assim que ficou estabelecida definitivamente a distinção entre a pena (punição repressiva) e a reparação civil (sanção ressarcitória). Também tornou-se princípio incontrovertido que todo o dano deve ser reparado por aquele cuja culpa o ocasionou” (ALSINA, 1997, p. 47-50).

² No período anterior ao Código Civil de 1916, a responsabilidade civil era atípica. Nesta fase, a reparação de danos era baseada em norma alheia ao Direito Civil, utilizando-se o artigo 22 do Código Penal de 1830, que determinava que “a satisfação será sempre a mais completa que for possível”.

p. 47-50)¹.

Desde a inserção da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, com o advento do Código Civil de 1916², observa-se significativa evolução do instituto, pois se a princípio o legislador estabeleceu expressa previsão dos danos indenizáveis, restringindo a interpretação ampliativa e trazendo grande dificuldade na aceitação do cabimento de indenização para danos não arrolados no código, a Constituição Federal (1988), promoveu verdadeira revolução ao admitir a indenização de danos extrapatrimoniais, mudanças estas que foram consolidadas com a edição do Código Civil de 2002, com a utilização de cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, além da tipificação específica de alguns danos, sem, todavia, estabelecer um rol taxativo dos danos indenizáveis (SANSEVERINO, 2010, p. 26-27).

O Código Civil de 2002 admite duas formas de responsabilidade civil: contratual e extracontratual, sendo que em ambas há violação de um dever jurídico preexistente, de modo que a distinção entre uma e outra estará na gênese desse dever.

A responsabilidade contratual estará evidenciada quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato firmado entre as partes. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade contratual não está no contida no contrato, como alguns a definem, mas tão somente o dever jurídico preexistente, resultante de obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes, cujo descumprimento por qualquer delas faz nascer o dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305).

Observa-se, portanto, que a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual reside na origem do dever violado. No mais, tudo o que existe na responsabilidade extracontratual - conduta (que pode ser culposa ou não), nexos causal e dano – também se verifica na responsabilidade contratual, mas “se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305).

³ Tradução livre: “Em conclusão, a área de responsabilidade contratual é reforçada neste breve excursus com respeito á todas as situações nas quais a cláusula geral de boa fê cumpre uma função integradora da regulação contratual e nas que é a lei mesma que prevê os deveres específicos de comportamento em presença de uma relação obrigatória preexistente á estrutura complexa, tal como se tratou de definir as páginas precedentes. Em todos os demais casos existe responsabilidade extracontratual”.

Em conclusión, el área de la responsabilidade contractual es reforzada en este breve excursus con respecto a todas las situaciones en las que la cláusula general de buena fe cumple una función integradora de la regulación contractual y en las que es la ley misma la que prevé los deberes específicos de comportamiento en presencia de una relación obligatoria preexistente a la estructura compleja, tal como se ha tratado de definir en las páginas precedentes. En todos los demás casos existe responsabilidade extracontractual (VISENTINI, 1999, p. 237)³.

Em relação ao surgimento da responsabilidade civil contratual e extracontractual, Rui Stoco (2011, p. 164) destaca que os romanistas não conseguem precisar de forma satisfatória qual dessas espécies teria precedido à outra, ou seja, “se primeiro nasceu a responsabilidade delitual, de que a contratual foi consequência; ou se foi o contrato a fonte primeira da obrigação, surgindo mais tarde a responsabilidade delitual”.

A despeito da controvérsia acerca da origem das espécies de responsabilidade civil, a similitude entre elas deu origem a teoria que defende que a responsabilidade é sempre e necessariamente delitual e que a expressão responsabilidade contratual seria errônea, diante da identidade de princípios e elementos que regulam ambas as formas de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 306).

Todavia, apesar da similaridade de determinados elementos em ambas as espécies de responsabilidade, ainda prevalece o reconhecimento da existência de sua divisão em contratual e extracontractual⁴.

⁴ A prevalência da diferenciação da responsabilidade em contratual e extracontractual, tal como ocorre no Brasil, pode ser percebida também em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, pois em que pese o art. 2056 de seu Código Civil declare aplicáveis aos dois tipos de responsabilidade alguns critérios limitativos de ressarcimento, tornando secundária a diferença de valoração do dano no que concerne à diferenciação das responsabilidades, na realidade, cada tipo de responsabilidade continua a desenvolver seu próprio sistema. Assim, tendo em vista o que foi dito não se pode dizer que não há diferenças de regulação entre a responsabilidade contratual e extracontractual sendo que estas se evidenciam com relação à diferente função dos dois tipos de responsabilidade e diria que são diversas também no que tange ao ressarcimento do dano. De maior importância são aquelas que resultam dos efetivos usos jurisprudenciais do que as que derivam dos textos legislativos na matéria. De qualquer modo, não se pode dizer que atualmente a distinção entre responsabilidade contratual e extracontractual se tenha superado; é importante aclarar que as diferenças entre os dois tipos de responsabilidade persistem, mas não são as declaradas e difundidas oficialmente pelo legislador de 1942 (VISINTINI, 1999. p.252).

Aceitando-se ou não a teoria da identidade de elementos entre as espécies de responsabilidade civil, surge, em face da ampliação das hipóteses de ressarcimento, a necessidade da análise da aplicabilidade da cláusula geral de redução equitativa da indenização aos danos oriundos da violação de deveres jurídicos contratualmente estabelecidos e qual o papel da culpa nestes casos específicos, visto que a aferição de sua desproporção em relação ao dano mostra-se essencial para a incidência do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA CONTEMPORÂNEA DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Pode-se afirmar que o inadimplemento das obrigações é fonte originária de danos de diversas espécies, os quais devem ser reparados nos moldes estabelecidos pelo instituto da responsabilidade civil.

Prevê o Código Civil de 2002 no tocante ao inadimplemento que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (artigo 389). Nota-se, ao estabelecer encargos para o devedor que não observar os termos pactuados, uma preocupação do legislador em assegurar o pontual cumprimento das obrigações, garantindo desta forma segurança jurídica àqueles que se valem de contratos para promover a circulação de bens e serviços.

Em se tratando da conceituação, afirma-se que a “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra” (GOMES, 2007, p. 15), ou a visualizam como “a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor, e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio” (MONTEIRO, 2007, p. 8).

Há, todavia, que se diferenciar os conceitos de obrigação e responsabilidade, motivo pelo qual Sérgio Cavalieri Filho destaca que a obrigação é sempre um dever jurídico originário, ao qual se comprometem as partes adimplir, a responsabilidade, por outro lado, seria o dever jurídico sucessivo, consequência direta da violação do primeiro.

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico

originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, O dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2-3).

Desta forma, consistem os contratos em um complexo de obrigações assumidas pelas partes que, uma vez cumpridas, resultam em seu adimplemento e no atendimento de sua finalidade, sem que dele nasça qualquer forma de responsabilidade. Com seu inadimplemento, porém, não raro as partes experimentam danos materiais e imateriais, os quais devem ser ressarcidos.

Antes de tratar acerca dos efeitos do inadimplemento faz-se necessário destacar que há uma distinção entre o inadimplemento e o mero descumprimento de dever jurídico, na medida em que o inadimplemento é um descumprimento de dever jurídico precedido pela existência de relação obrigacional (SANTOS; SAMPAIO JR, 2014, p. 3).

Trata-se o inadimplemento, assim, do descumprimento da obrigação pelo credor ou pelo devedor, podendo ocorrer voluntariamente ou devido a fatores externos à vontade das partes, quando ocorre em decorrência de eventos externos à relação contratual que impossibilitam o cumprimento do que fora pactuado.

Segundo a visão clássica da teoria do inadimplemento, pode este ser considerado absoluto ou relativo. O primeiro consistiria na total impossibilidade de recebimento da prestação devida pelo credor, convertendo-se a obrigação principal na indenização correspondente. Isso porque o descumprimento da obrigação torna a prestação inútil para o credor, de modo que, ainda que prestada posteriormente, não mais irá satisfazer as necessidades deste.

No tocante aos danos decorrentes do inadimplemento destaca-se que eles prejuízos deverão se sujeitar ao dever de reparar as perdas e danos sofridos pelo credor o contratante inadimplente e/ou contratante moroso, de modo que constitui o dano pressuposto da responsabilidade civil contratual. Assim, somente haverá responsabilidade civil contratual e a conseqüente obrigação de indenizar quando houver prejuízo a ser reparado (DINIZ, 2004, p. 398).

No inadimplemento relativo, por sua vez, o descumprimento da obrigação nos termos pactuados não torna inútil a prestação ao credor, de modo que esta

pode vir a ser cumprida ainda que fora dos termos iniciais do contrato. Gomes (2007, p. 197) ao tratar do inadimplemento relativo, utilizando nomenclatura diversa assegura que :

[...] cogita-se, na teoria do inadimplemento, da impossibilidade transitória. Não raro, a obrigação pode ser cumprida, e, não obstante, o devedor deixa de cumpri-la no vencimento. Embora viável, a prestação não é satisfeita pontualmente. Há, enfim, retardamento, culposo ou não, a que a ordem jurídica não fica indiferente.

Neste caso, o inadimplemento consiste no retardamento da prestação, devendo ser observados todos os encargos contratuais e legalmente previstos pela inobservância dos termos do contrato.

Em relação à classificação do inadimplemento em espécies, cabe destacar que tanto uma quanto a outra se referem ao descumprimento da prestação principal (de dar, fazer ou não fazer). Todavia, enquanto o inadimplemento absoluto decorre da impossibilidade total de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção aplicável ao descumprimento de uma obrigação em que se verifica a viabilidade de adimplemento posterior, de modo que, mesmo que ainda não realizada a prestação, ainda é possível a satisfação do credor (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 390).

A diferenciação do inadimplemento em absoluto e relativo encontra fundamento no Código Civil brasileiro, visto que tal diploma legal pontua os efeitos do inadimplemento, fazendo distinção entre os encargos da mora e as perdas e danos. A mora e os efeitos econômicos dela decorrentes se verificam quando a descumprimento da obrigação nos termos pactuados não torna inútil o objeto da obrigação, diferentemente do que ocorre com as perdas e danos, utilizadas nos casos em que ao credor não mais se aproveita a obrigação após o descumprimento da prestação.

Uma acepção mais atual da teoria do inadimplemento traz, além daquelas hipóteses em que este decorre da omissão das partes no cumprimento das prestações pactuadas, outras formas de inadimplemento, denominadas violações positivas do contrato, consistindo esta na prática de atos que ofendam o princípio da boa-fé objetiva, o qual deve ser observado em todas as relações intersubjetivas, em especial nas relações contratuais.

Conforme exposto em linhas anteriores, a relação contratual é composta por deveres primários consistentes nas prestações que fundamentam da

obrigação pactuada, e por deveres secundários, consistentes na responsabilidade oriunda do eventual descumprimento daqueles.

Entretanto, na atualidade, reconhece-se que para além de deveres primários ou secundários, deve-se observar a existência de deveres colaterais (ou instrumentais), os quais constituem desdobramentos da boa-fé objetiva e da eticidade que devem permear as relações contratuais, gerando um dever de cooperação das partes para que o adimplemento da obrigação ocorra da forma mais proveitosa e menos onerosa para os contratantes (SANTOS; SAMPAIO JR, 2014, p. 12).

Nesse contexto, seriam exemplos de tais deveres o de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo; de colaboração e cooperação, segundo o qual devem as partes colaborar para o correto e mais eficiente adimplemento da prestação; de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da parte contrária no cumprimento de uma obrigação (COSTA apud SANTOS; SAMPAIO JR, 2014, p. 12).

A ideia de violação positiva do contrato como inadimplemento contratual, portanto, visa não somente resguardar as partes em relação ao descumprimento das cláusulas contratuais expressas estabelecidas entre credor e devedor, mas principalmente assegurar o respeito aos deveres colaterais, intrínsecos, oriundos de princípios norteadores das relações contratuais. Este tipo de inadimplemento, assim como ocorre com as violações negativas do contrato (descumprimento e mora) também produz efeitos jurídicos, podendo dar origem ao pleito indenizatório.

Esta noción, a la que se refiere la norma general del art. 1218⁵, refleja en definitiva la violación de deberes, tanto contractuales como ex lege, y comprende tanto las hipótesis en que la prestación assumida en la obligación falta totalmente, como

⁵ Art. 1218 Responsabilità del debitore - Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160).

⁶ Tradução livre: "Esta noção, a que se refere a norma geral do art. 1218, reflete em última instância a violação de deveres, tanto contratuais como ex lege, e compreende tanto as hipóteses em que a prestação assumida na obrigação é descumprida totalmente, como aquelas em que há inexecução na prestação, e pode ser estendida também à violação de deveres acessórios e instrumentais na execução da prestação principal" (VISINTINI, 1999, p. 238).

⁷ Art. 1175 Comportamento secondo correttezza - Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358).

aquéllas en que hay inexactitud en la prestación, y puede ser extendida también a la violación de deberes accesorios e instrumentales en la ejecución de la prestación principal (VISINTINI, 1999, p. 238)⁶.

Considera ainda a autora que no direito italiano o artigo 1175 do Código Civil⁷ constitui uma norma que funciona como uma cláusula geral de dever de proteção que estende a responsabilidade do devedor por violação dos deveres acessórios e instrumentais da obrigação principal (VISINTINI, 1999, p. 233).

Dito isto, ao tratar da aplicação da redução equitativa da indenização nos casos de responsabilidade civil contratual, deve-se observar não somente o inadimplemento sob a ótica da teoria tradicional (e sua divisão em absoluto e relativo), mas também a violação positiva do contrato, nas hipóteses em que a ofensa a um dever colateral causa danos à(s) parte(s).

3 O PAPEL DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL: BREVE ANÁLISE DA QUESTÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se trata de responsabilidade civil, a culpa é um dos elementos que se destaca, eis que, para os leigos no assunto, parece lógico que somente deveria indenizar aquele que age com “culpa” para a ocorrência do dano, sendo esta na maioria das vezes compreendida como a intenção de produzir o resultado lesivo. No entanto, não coincide com o senso comum o ensinamento doutrinário acerca da necessidade de aferição de culpa em todas as hipóteses de responsabilidade (diante da existência de responsabilidade civil objetiva e pelo risco) e, tampouco, o conceito de culpa como conduta direcionada à produção do dano, podendo tal conceito, inclusive, variar de acordo com o contexto em que se insere (responsabilidade contratual ou extracontratual).

Não se pode olvidar que inicialmente, quando do nascimento da responsabilidade civil no direito romano, a culpa sequer era elemento essencial à caracterização do dever de indenizar, bastando o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano para a promoção do ressarcimento in natura ou em pecúnia. Explicando brevemente o caminho trilhado pela responsabilidade civil no direito romano, Alvino Lima (1960, p. 44) destaca que esta foi iniciada pela vingança, ascendendo à composição pecuniária, sem cuidar, a princípio, da culpabilidade, o que somente veio acontecer em momento posterior. Alvim (1980, p. 243)

estabelece um paralelo da responsabilidade civil em suas linhas iniciais com a reação de uma criança contra que a feriu, afirmando que “a pessoa só tinha em vista devolver o mal sofrido sem se preocupar com a imputabilidade”.

Atualmente a responsabilidade civil, como mencionado anteriormente, é compreendida como resultado da prática de ilícito civil causador de dano. Tal ilícito, por sua vez, decorre da transgressão de um dever jurídico, sendo a culpa, por seu turno, a violação desse dever jurídico por falta de cautela, constituindo desta forma um “erro de comportamento, a conduta mal-dirigida a um fim lícito” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 306). Ao tratar da configuração da culpa, o referido autor (2012, p. 306), citando Caio Mário, destaca que a culpa tanto pode decorrer da infração ao comando legal ou violação da declaração de vontade individual. Em ambas as hipóteses há uma norma de comportamento estabelecida, de um lado a lei (em sentido amplo) e de outro lado a declaração volitiva do indivíduo, e que a conduta operada pela vontade ao arrepio dessas normas de conduta configura a culpa.

Ainda acerca da culpa, vale frisar que:

Uma parte dela dottrina definisce la colpa extracontrattuale come mancata precisione e/ou prevenzione dell'evento. In quest'ambito si deve distinguire tra chi propone l'adozione di un critério soggettivo e chi propende per uno oggettivo

⁸ Tradução livre: Uma parte da doutrina define a culpa extracontratual como a falta de previsão ou de prevenção do evento. A culpa consiste na contrariedade a regra de diligência e perícia ou simplesmente na falta de diligência. O que depende da definição de diligência, prudência e perícia. Como definição de prever e prevenir (evitar) o dano. Em uma diversa perspectiva a culpa é definida como criação de um risco injustificado. Outro critério de delimitação de prever e prevenir o dano é o fundado na norma violada. Na definição da jurisprudência constitui a falta de previsão do evento previsível e ou falta de prevenção do evento evitável. Critério definido segundo parâmetros objetivos, não tendo lugar para a subjetividade. Outros afirmam que a culpa consiste na contrariedade à regra de diligência, prudência e perícia ou simplesmente na falta de diligência. Entender por uma ou outra linha depende do que se entende por diligência, prudência e perícia. Em uma perspectiva diversa, a culpa é definida como criação de um risco injustificado. Quanto maior for a utilidade social da atividade e o custo de remoção deste risco, maior é o risco justificado. Entende-se importante verificar a qualidade superior ou inferior do agente, a fim de que seja possível verificar a exigibilidade ou não de um comportamento diverso do efetivamente realizado pelo agente a excluir a sua culpabilidade, aplicando-se parâmetros subjetivos.

⁹ Ao tratar da culpa como requisito do dano indenizável, Alvino Lima (1980, p. 245-246) traz uma gama de conceitos de culpa, sendo pertinente a observância de algumas delas para melhor compreensão da afirmação de que não há consenso acerca da definição da culpa. Segundo o autor, para Savatier “culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”; já Bevilacqua definiria culpa como “violação de um dever preexistente”; por fim, traz o autor a definição de Espínola, segundo o qual “a palavra culpa, em sua acepção mais ampla, abrange toda e qualquer violação imputável de um dever jurídico, provenha de um fato intencional ou de uma certa falta de diligência”.

nella valutazione dela condotta; in quest'ultimo constesto si distingue tra chi predilige una patametro astratto e chi ritiene trattarsi di criterio concreto legato ad elementi circostanziali. Altri affermano, invece, che la colpa consista nella contrarietà alle regole di diligenza, prudenza e perizia o semplicemente nella macanza di diligenza. Il contrasto tra le due impostazioni dipende, a ben vedere, dela definizione di diligenza, prudenza e perizia; esso resulta seriamente ridimensionato quando si configurino questi parametri come critério attraverso cui definire il dovere di prevedere e di prevenire il danno.

In uma diversa prospettiva si è definita la culpa come creazione di un rischio ingiustificato che sussiste quando l'utilità sociale del rischio creato ed il costo di rimozione siano superiori al rischio creato. Si ritiene oportuno a tal fine valutare le qualità superiori ed inferior del danneggiante e, dunque, viene preferito uno standard siggettivo (CAFAGGI, 1996, p. 349-354)⁸.

Nota-se dos excertos acima que a culpa pode decorrer da infração de um comando legal (de ação ou abstenção) ou de declaração de vontade individual, originando uma diferenciação da culpa nas searas aquiliana e contratual e consequentemente na apuração da responsabilidade nesses casos.

Apesar da tentativa de diversos autores consagrados em conceituar a culpa, Lima (1960, p. 57) frisa que são inúmeras as definições de culpa⁹, mas que em sua maioria estas definições possuem em comum a observância de dois elementos: um objetivo, consistente na lesão ao direito de outrem (ou a interesse juridicamente relevante, se consideradas as concepções mais atuais), e um subjetivo, que seria a previsibilidade do resultado lesivo. Mesmo considerando a existência de inúmeras definições de culpa, o autor ainda se posiciona no seguinte sentido:

[...] se, em sentido amplo, genérico, podemos dizer que a culpa é a lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico, no sentido restrito, como elemento da responsabilidade civil, a culpa é, apenas, como veremos oportunamente, um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se (LIMA, 1960, p. 58).

Importante destacar que a culpa, independentemente do conceito adotado, constituiu elemento nuclear dos ordenamentos jurídicos de ideologia liberal e individualista, posto que o dano decorrente de conduta culposa representava um mau uso das liberdades individuais, as quais deveriam vir acompanhadas da responsabilidade equivalente, sendo possível perceber um forte apelo moral na percepção da culpa como fundamento da obrigação reparatória (SCHREIBER, 2013, p. 12).

De fato, ao definir a noção jurídica de culpa, muitos autores se valiam – e ainda hoje se valem – de elementos psicológicos ou anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual. Assim, refere-se Chironi à culpa como um *stato d’animo* do agente que se pretende responsável. Salemi refere-se expressamente à relação entre psiche e o ato lesivo, como característica da culpa. Stoppato alude à culpa como um “*diffetto della intelligenza*”. Pontes de Miranda trata da culpa como “falta de devida atenção”. José de Aguiar Dias refere-se à previsibilidade do resultado como elemento indispensável ao conceito. Karl Larenz menciona, além da previsibilidade, um “*includível*” juízo de valor do agente sobre seu próprio comportamento (SCHREIBER, 2013, p. 14).

Ao analisar culpa no direito civil brasileiro da atualidade, mostra-se de suma importância a compreensão de sua estrutura, que encontra seus sólidos pilares nos princípios da socialidade, operabilidade, eticidade e concretude, afastando-se do viés eminentemente patrimonialista do Código Civil de 1916 para servir de instrumento à concretização dos direitos de cunho social previstos na Constituição de 1988.

A partir do advento do Código Civil de 2002 passou-se a observar um processo de mudança de paradigma, em que o foco da responsabilidade civil deixa de recair sobre o ofensor para se atentar às necessidades da vítima, ensejando a criação de mecanismos de facilitação da reparação do ofendido, entre eles a relativização do papel da culpa e até mesmo do nexo causal em algumas circunstâncias.

Se no Código Civil de 1916 a culpa era elemento essencial à caracterização do dever de indenizar (juntamente com o dano e o nexo causal),

cuja prova era de difícil materialização, especialmente para a vítima, a quem incumbia o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, no novo código se verificam diversos mecanismos de presunção ou mesmo dispensa da culpa, conforme leciona Anderson Schreiber (2013, p. 5) em sua obra “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil”.

Trata-se de processo denominado de ocaso da culpa, o qual vem ocorrendo como consequência da erosão dos filtros tradicionais da reparação, visto que o Poder Judiciário, afirma-se, objetivando facilitar a defesa dos direitos das vítimas, vem relativizando a importância da culpa na aferição dos elementos necessários à caracterização da obrigação reparatória (SCHREIBER, 2013, p. 12).

Especificamente no tocante à responsabilidade contratual Gomes (2007, p. 174) esclarece que “consiste a culpa na infração de dever jurídico oriundo de contrato, praticada intencional ou negligentemente. Não deve ser confundida com a culpa aquiliana, na qual se funda a responsabilidade delictual. A culpa a ser considerada no capítulo da inexecução é restrita a infrações que determinam inadimplemento de obrigação contratual”.

Outra diferença apontada entre a culpa contratual e extracontratual diz respeito ao ônus da prova. Diante da responsabilidade contratual, a culpa se presume, em regra. Ao credor cumpre demonstrar que a obrigação não foi cumprida, cabendo ao devedor provar que não agiu com culpa para o inadimplemento ou que se verificaram causas excludente do nexo causal (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 308).

Para os irmãos Mazeaud (1969, p. 108), em obra traduzida para o espanhol por Santiago Sentis Melendo:

Quando el perjuicio resulta del incumplimiento de una obligación determinada (o de resultado) – delictual o contractual -, parece que no haya necesidad de definir la culpa. Indudablemente es necesaria una culpa, pero existe por el solo hecho de que no se ha obtenido el resultado, sin que se necesite una apreciación de la conducta del autor del daño: se ha conducido mal al no cumplir con su obligación; poco importan las imprudencias o negligencias que lo hayan llevado a no cumplir. La ley presume que el incumplimiento se debe a su hecho, y le incumbe aquél destruir esa presunción probando la existencia de una causa ajena.

Não basta, todavia, na seara contratual a verificação da culpa para a responsabilização do contratante, sendo necessária a aferição do dano, tal como ocorre na responsabilidade aquiliana, sem que tais relações se confundam entre si. Gomes (2007, p. 186) pontua que para a ocorrência de responsabilidade contratual não basta a ação ou omissão culposa do inadimplente “mister se faz, ainda, que do seu comportamento advenha dano para o credor, porquanto a responsabilidade consiste no dever de indenizar, isto é, na obrigação de reparar o prejuízo causado”, frisando ainda que não se deve confundir esse dever com aquele que decorre da prática de ato ilícito, caracterizador da responsabilidade delitual.

Observa-se desta forma que o inadimplemento do qual resulte um dano a terceiro, quando culposos, faz nascer o dever de indenizar, no momento em que se abstém o devedor do que devia fazer para a satisfação do crédito, seja em decorrência do inadimplemento absoluto, relativo ou da violação positiva do contrato.

Evidentemente que em se tratando de questões relacionadas ao ressarcimento o debate acerca da aplicabilidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil deve se ater apenas e tão somente ao inadimplemento culposos, na medida em que ao inadimplemento involuntário, oriundo de fatores externos à relação obrigacional e distintos do elemento volitivo das partes, tais como o caso fortuito e força maior, há a ausência da culpa, necessária, nestes casos, ao surgimento da própria responsabilidade.

4 DANOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PERDAS E DANOS E CLÁUSULA PENAL

A responsabilidade civil tem como norte a ideia de que todo aquele que infringir dever jurídico ou violar direitos e causar um dano a outrem, será obrigado a indenizar, o que se extrai da redação do artigo 186 do Código Civil de 2002.

O dever de indenizar, tanto nas relações contratuais quanto nas extracontratuais, tem como elemento essencial o dano, ou seja, a lesão a direito ou interesse juridicamente relevante. No caso dos contratos esses danos podem ser compreendidos como os prejuízos experimentados pela parte lesada em decorrência do inadimplemento voluntário do devedor da prestação.

Afirma-se que “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente”, de modo que o objetivo de uma indenização será restabelecer, sempre que possível, o statu quo ante, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito (GONÇALVES, 2008, p. 338). Como, em algumas situações, não é possível retornar ao estado originário, busca-se uma compensação sob a forma de indenização. Desta forma, a natureza do ressarcimento (reparação ou compensação) será apurada de acordo com a infração cometida e o bem jurídico lesado, podendo caracterizar responsabilidade contratual ou extracontratual, a depender do fato gerador do dano.

No âmbito da responsabilidade contratual, a indenização por perdas e danos limita-se aos prejuízos direta e imediatamente ligados à inexecução contratual (danos emergentes e lucros cessantes), destacando Gomes (2007, p. 187) que “o Código Civil adotou essa orientação dispondo que o princípio da causalidade imediata deve ser observado”, podendo tal indenização ser substitutiva, quando não houver interesse no cumprimento extemporâneo da obrigação, ou complementar, quando se restringir a satisfazer o credor dos efeitos da mora.

Haveria, deste modo, uma necessária equivalência entre o dano experimentado pelo credor e o valor a ser apurado nas perdas e danos, através da aferição da diminuição do patrimônio do devedor com a inadimplência ou com os encargos suportados pelo credor até o efetivo cumprimento da prestação, tais como atualização monetária juros de mora, custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo da pena convencional (GOMES, 2007, p. 188).

A cláusula penal, também conhecida por pena convencional, constitui pacto acessório do contrato, cujo valor não pode ultrapassar o da obrigação principal, pelo qual as partes fixam, de antemão, o valor das perdas e danos caso se verifique a inexecução culposa da obrigação.

Tal pacto, admitido em nome do princípio da autonomia privada, tem para alguns autores a função de liquidar previamente os danos oriundos do inadimplemento, enquanto outros sustentam que tal disposição tem o objetivo de reforçar o vínculo obrigacional (GOMES, 2007, p. 190). Admitida a primeira hipótese, seriam devidos os valores pactuados a título de cláusula penal independentemente da comprovação do dano, bastando a verificação do inadimplemento culposos da obrigação contratual.

Relevante valor prático possui a cláusula penal ao avaliar e liquidar as perdas e danos, de modo que “a parte inocente forra-se aos inconvenientes de maiores discussões, liberando-se, igualmente, do ônus de provar o dano e sua

extensão” (MONTENEGRO, 1999, p. 191).

A cláusula penal pode ser estabelecida pelas para resguardá-las do inadimplemento total do contrato (cláusula penal compensatória), circunstância em que será substitutiva da obrigação principal, ou pelo inadimplemento de cláusula especial, podendo ser cobrada cumulativamente com a obrigação principal (cláusula penal moratória) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 316).

Não deve a cláusula penal ser confundida com a multa simples, que consiste no pagamento de valor a título de penalidade pelo descumprimento contratual, visto que este instituto não tem como objetivo o ressarcimento de danos, mas sim um agravamento da obrigação para o devedor que não observou os termos pactuados (GOMES, 2007, p. 194).

As perdas e danos, bem como a cláusula contratual, fazem referência aos danos patrimoniais experimentados pelo contratante lesado, não se estendendo aos danos extrapatrimoniais, cuja apuração necessita do prudente arbitramento judicial para fixação, sendo sobre estes que este trabalho se debruça ao tratar da (im)possibilidade de aplicação da redução equitativa da indenização.

5 (IN)APLICABILIDADE DA REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Conforme ventilado em momento anterior, a culpa vem ganhando novos contornos e papéis diante da mudança de paradigmas pela qual vem passando o instituto da responsabilidade civil. Mecanismos voltados à sua presunção ou dispensa, a desvalorização da graduação na aferição do dever de indenizar e outras medidas visando a facilitação da defesa dos direitos da vítima vêm revolucionando a compreensão que temos do elemento volitivo para a caracterização da responsabilidade civil.

¹⁰ Tradução livre: O art. 944, sobre modalidades de ressarcimento, é uma disposição de nova cunhagem e de grande importância. Ele confirma que o princípio de fundo em tema de responsabilidade, encontra já implícito no ordenamento brasileiro, sendo aquele do integral ressarcimento do dano por meio do pagamento de uma soma de dinheiro, o qual se faz necessário para equilibrar a perda sofrida pelo danificado. Todavia, o parágrafo único da disposição em exame introduz uma cláusula geral que autoriza o juiz reduzir equitativamente o montante do ressarcimento no caso de “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, uma cláusula de mitigação considerada perigosa por atribuir ao juiz um poder discricionário extremamente amplo e não ancorado nem em parâmetros vagos, como aqueles previstos pelo art. 10:401 dos Principles, com a consequência de que ele poderia comprometer a tutela ressarcitória dos direitos fundamentais, talvez, “subordinando-a a exigências diversas, como aquelas relativas ao mercado de seguros”.

Nesse contexto destaca-se que, a despeito da irrelevância da graduação da culpa na caracterização do dever de indenizar - bastando sua ocorrência, em qualquer grau, para que deva haver a responsabilização do ofensor - o Código Civil de 2002 prevê sua observância para fins de apuração do quantum indenizatório, ao prever no parágrafo único de seu artigo 944 que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Referido dispositivo tem como objetivo “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 40).

Cabe frisar, no entanto, que a redação da norma e os critérios estabelecidos suscitam inúmeras dúvidas acerca do âmbito de sua aplicação e limites a serem respeitados, o que se destaca inclusive na doutrina estrangeira, a exemplo de Calderale (2005, p. 328-329), quando destaca que:

L’art.944, sulle modalità del risarcimento, è una disposizione di nuovo conio e di grande importanza. Essa conferma che il principio di fondo in tema di responsabilità, ritenuto già implicito nel l’ordinamento brasiliano, è quello dell’integrale risarcimento del danno sicché, attraverso il pagamento di una somma di denaro è necessario eguagliare la perdita súbita dal danneggiato. Tuttavia, il parágrafo único della disposizione in esame introduce una clausola generale che consente al giudice di ridurre equitativamente l’ammontare del risarcimento in caso di “eccessiva desproporzione tra la gravità della colpa e il danno”, una mitigation clause ritenuta pericolosa in quanto attribuisce al giudice un potere discrezionale troppo ampio e non ancorato neanche a parametri vaghi come quelli previsti dall’art.10:401 dei Principles, con la conseguenza che egli potrebbe compromettere la tutela risarcitoria dei diritti fondamentali, magari “ subordinandola a esigenze diverse,

¹¹ Enunciado 46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano.(Redação dada pelo Enunciado 380 aprovado na IV Jornada de Direito Civil)

come quelle relative al mercato delle assicurazioni¹⁰.

Não obstante os embargos opostos por parte dos autores que tratam da responsabilidade civil no tocante aos espaços abertos pelo parágrafo único do artigo 944 para a prática de arbitrariedades judiciais, tal previsão vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios. No entanto, deve ser considerada como medida que excepciona o princípio da reparação integral e, como tal, deve ser interpretada e aplicada de forma restritiva, posto que subtrai da vítima o direito à restauração do status quo ante (SCHREIBER, 2013, p. 45).

Corroborando com o entendimento acima, Monteiro Filho (2008, p. 74) destaca que:

[...] a correlação entre o caput e o parágrafo traduz-se, juridicamente pelo raciocínio regra-exceção. Seja por virtude do exame de força axiológica, seja pela análise da estrutura interna da norma, chega-se à idêntica constatação: a relação é de exceção para com regra do caput do dispositivo, que prevê a reparação integral do dano [...]

O caráter de excepcionalidade da aplicação da redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944, foi confirmado pelo Enunciado 46, aprovado na I Jornada de Direito Civil¹¹.

Para a aplicação da cláusula de redução, o próprio texto da lei determina a observância de certos requisitos, quais sejam: a culpa levíssima/leve do agente, o dano de significativa extensão e desproporção entre ambos.

São três os elementos expressamente previstos no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil aos quais deve observância o julgador para aplicação da cláusula geral de redução: a gravidade da culpa, a extensão do dano e a excessiva desproporção entre ambos.

No tocante ao elemento culpa, diferentemente do que ocorre no artigo 186 do Código Civil - em que culpa e dolo foram equiparados para fim de caracterização do ato ilícito - no caso da aplicação da cláusula de redução esta deve ser concebida em sentido estrito, não sendo aplicável a redução legalmente prevista quando a conduta lesiva é praticada com dolo pelo agente (SANSEVERINO, 2010, p. 99).

Ao tratar da graduação da culpa, Stoco (2014, p. 222) mencionando a doutrina francesa como base para a classificação apresentada, define a culpa

grave como sendo aquela contida na conduta em que o autor “sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’”, a culpa leve seria a ausência de diligência esperada do “homem médio” e, por fim, a culpa levíssima seria aquela falta cometida com inobservância de atenção que supera a média e somente seria adotada por pessoa de diligência muito acima do normal.

Atualmente prevalece o entendimento de que a culpa deve ser aferida a partir de critérios objetivos, ou seja, como um desvio do modelo de conduta esperado ou de um dever geral de cuidado. Desta forma, a aferição da culpa deve ser feita tomando como base o “homem médio”, o qual não deve ser qualquer um, indiscriminadamente, mas aquele de mesma situação social e instrução que o ofensor, de forma que a aferição da culpa deverá ocorrer in concreto para que seja possível analisar em cada caso a magnitude da culpa do ofensor.

Adota-se, assim, no direito brasileiro, como regra, uma concepção objetiva mitigada de culpa, tanto para a responsabilidade contratual como para a extracontratual, tendo em conta o padrão de comportamento do homem médio, mas considerando circunstâncias concretas como o meio social, cultural e profissional em que o agente está inserido. (SANSEVERINO, 2010, p. 105)

Daniel Levy defende, ainda, “que houve verdadeiro equívoco do legislador pátrio na elaboração do parágrafo” (Levy, 2006, p. 92), afirmando que o vocábulo “culpa” foi utilizado com imprecisão pelo legislador, devendo ser interpretado em seu aspecto puramente objetivo, aproximando a culpa do agente (elemento subjetivo) da própria conduta (elemento objetivo). Segundo referido autor, “a conduta humana realiza-se em duas fases: a primeira deriva de um elemento subjetivo do agente que é traduzido na culpa; a segunda fase consiste na execução da ação real [...] a conduta humana é a exteriorização da culpa” (LEVY, 2006, p. 93), sendo assim, “considerando-se, outrossim, que a conduta do agente é um dos elementos do nexu causal; então será possível aplicar o parágrafo único do artigo 944 apenas com base nesta relação entre a

¹² Segundo Sanseverino (2010, p. 109) “a proporcionalidade tem sido examinada na concretização de direitos fundamentais, verificando-se, em primeiro lugar, que o meio deve conduzir à realização do fim (adequação). Em segundo lugar, havendo vários meios disponíveis, deve-se escolher o menos restritivo dos direitos fundamentais afetados (necessidade). Em terceiro lugar, o grau de importância de realização do fim almejado deve ser proporcional às desvantagens causadas pela escolha do meio, que restringe um direito fundamental (proporcionalidade em sentido estrito).”

conduta do agente, inserida no nexos causal, e o dano” (idem, p. 94).

Todavia, não é esse o posicionamento majoritário, eis que a maior parte da doutrina entende que se deve aferir o grau de culpa do agente - e não a mera relação de causalidade - para fins de aplicação da cláusula de redução.

No que se refere à extensão dos danos como elemento a ser observado para a aplicação da redução da indenização, é necessário aferir a extensão objetiva e econômica do prejuízo suportado pela vítima, de forma que seja possível evidenciar a desproporção entre este e a culpa do autor, outro elemento necessário à concreção da redução.

A excessiva desproporção, também mencionada no dispositivo legal, deve ser avaliada a partir dos princípios da razoabilidade, o qual difere do princípio da proporcionalidade, já que enquanto esta última será sempre analisada em abstrato - procedendo-se à aferição em tese da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito¹² da medida adotada (no caso da responsabilidade civil, a indenização) - a análise da razoabilidade, ao contrário, deverá ser realizada in concreto, e ser concebida sob duas perspectivas: como equidade (sentido aristotélico-tomista), vista como instrumento de harmonização entre a norma e o caso concreto; e como equivalência, promovendo a análise da correspondência entre a medida adotada (indenização) e o critério utilizado para tanto (culpabilidade do agente) (SANSEVERINO, 2010, p. 111). O citado autor (2010, p. 111) alude ainda que:

A norma do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, ao fazer referência expressa à “excessiva desproporção” entre a culpabilidade e o dano, apesar de conduzir o raciocínio do intérprete para a proporcionalidade, amolda-se melhor ao postulado da razoabilidade.

Não se está a estabelecer uma relação entre meio e fim no plano abstrato, como se faz com a utilização do postulado da proporcionalidade, mas de uma relação entre critério e medida para se alcançar uma relação de equidade ou equivalência entre a indenização (medida) e a culpabilidade do responsável (critério). Ou seja, a referência à “desproporção” é feita com a conotação de proporcionalidade em sentido estrito.

A noção de equidade que deve orientar o julgador para a aplicação da cláusula de redução sempre deverá decorrer da análise dos elementos que

compõem o caso concreto, avaliando se a minoração da indenização é cabível e necessária, e se tal medida compensa o sacrifício do princípio da reparação integral e o prejuízo que será suportado exclusivamente pela vítima (diferença entre o valor do dano e da reparação).

Voltando os olhos para a questão referente à aplicação da cláusula geral de redução às hipóteses de responsabilidade contratual, em que o dever jurídico violado se funda em um instrumento contratual, tem-se que da análise dos elementos que caracterizam o dever de indenizar nessas circunstâncias tornam possível a utilização do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, na exata medida em que verificada a necessária desproporção entre o dano e a culpa do agente.

Nesses casos, deve-se destacar que a culpa do contratante não possui um viés moral, sendo caracterizada pelo simples inadimplemento voluntário das obrigações pactuadas ou, ainda, pela quebra dos deveres colaterais oriundos da relação jurídica contratual, conforme tratado nos itens anteriores. Evidentemente que, havendo dolo na conduta do contratante ofensor, não há como admitir a aplicação da redução equitativa da indenização, tal como é uníssona a doutrina em relação ao cabimento deste recurso em relação aos danos oriundos de responsabilidade extracontratual.

Os danos, por sua vez, devem ser apurados a título de perdas e danos ou mediante a utilização da cláusula penal, enquanto fórmula de pré-fixação de danos pelas partes, sendo que em ambas as hipóteses sua aferição refletiria os danos de natureza patrimonial.

A desproporção entre a culpa e o dano deve ser objeto de avaliação em concreto pelo julgador, a partir do princípio da razoabilidade, a qual deve ser concebida sob a perspectiva da equidade, enquanto instrumento de harmonização entre a norma e o caso concreto, e como equivalência, a fim de promover a correspondência entre a indenização e a real culpabilidade do agente, conforme prevê Sanseverino (2010, p. 111).

Cabe destacar que não raras vezes medidas semelhantes àquelas previstas no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil são adotadas pelo Poder Judiciário, a exemplo da redução do quantum da cláusula penal quando esta se mostra abusiva em face das circunstâncias ou da extensão do inadimplemento.

Tal situação, entretanto, difere do exposto na cláusula geral de redução em decorrência da ausência de necessidade da observância dos elementos essenciais de aplicação do mencionado dispositivo legal.

CONCLUSÃO

Os contornos e limites da culpa na responsabilidade contratual ainda despertam nos dias atuais calorosos debates. A opção do legislador pátrio pela desconsideração da culpa, em regra, para fins de quantificação da indenização, definindo a extensão do dano como parâmetro para o ressarcimento, levou ao advento da ideia de que o mero inadimplemento, a simples inobservância voluntária do pacto firmado anteriormente dentro dos limites da autonomia privada, seria suficiente para ensejar a completa reparação dos danos à parte contrária.

A despeito da clara regra trazida no caput do artigo 944 do Código Civil, com objetivo de facilitar a quantificação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual, a exceção contida no parágrafo único deste mesmo dispositivo coloca em xeque a sistemática da culpa na responsabilidade contratual, pois, se outrora relegada à mera verificação do nascimento do dever de indenizar, quando confrontada com a cláusula geral de redução da indenização, passa a ter relevância na apuração do quantum debeatur, relativizando a reparação integral buscada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

A princípio, a aplicação da cláusula geral de redução da indenização - a qual possui como elemento essencial a desproporção entre a culpa do agente e o dano causado - parece inconciliável com os elementos da responsabilidade contratual, mormente se considerada a culpa como decorrente do mero inadimplemento.

Todavia, parece razoável, com base nos argumentos levantados pela doutrina que a avaliação da desproporção entre culpa e dano, exigida como requisito para a aplicação da redução equitativa da indenização, deve ser realizada de forma diferente da adotada na responsabilidade extracontratual subjetiva, eis que nesta é possível diferenciar (ainda que irrelevante para o surgimento do dever de indenizar) os graus de culpa do agente na prática do ato ilícito.

Na responsabilidade contratual, contudo, a culpa do contratante ofensor não possui um viés moral, se caracterizando pelo inadimplemento voluntário das obrigações pactuadas ou pela quebra dos deveres colaterais oriundos da relação jurídica contratual. Tal concepção de culpa, não se confunde com o dolo, que subsiste na seara da responsabilidade contratual, caso haja por parte do contratante a intenção de causar o dano oriundo do inadimplemento contratual.

Assim como na responsabilidade extracontratual, não há que se falar em redução da indenização se verificado o dolo, pois nestas situações além da voluntariedade da conduta se está diante do direcionamento desta para a produção do resultado.

Desta forma, na responsabilidade civil por danos contratuais, ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana, a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil tem como elemento secundário a gradação da culpa stricto sensu - visto que esta se configura pelo próprio inadimplemento voluntário do contrato – se voltando para a verificação da existência de excessivo ônus ao autor do dano na reparação, de modo a evitar que a indenização exceda os limites da função satisfativa e importe no enriquecimento sem causa do credor.

A apuração dos prejuízos, necessária ao juízo de razoabilidade exigido pela cláusula geral de redução da indenização, pode ser realizada não somente sob a forma de perdas e danos (compostos pelos danos emergentes e lucros cessantes), mas também mediante a utilização da cláusula penal, concebida como fórmula de pré-fixação de danos pelas partes, sendo que em ambas as hipóteses sua aferição refletiria os danos de natureza patrimonial.

Por fim, a desproporção entre a culpa e o dano deve ser objeto de análise em concreto pelo julgador, a partir do princípio da razoabilidade, esta compreendida sob a perspectiva da equidade, enquanto instrumento de harmonização entre a norma e o caso concreto, assegurando a realização da Justiça de forma individualizada, e como equivalência, a fim de promover a correspondência entre a indenização e a real culpabilidade do agente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

BRASIL. **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/L10406compilada.htm>. Acesso em 25 set. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 46**. “Art. 944: a

possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo código civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano.” **I Jornada de Direito Civil**, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2607/2685>>. Acesso em: 01 out. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 380**. “A. 944: atribui-se nova redação ao enunciado n. 46 da i jornada de direito civil, pela supressão da parte final: ‘não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva’”. **IV Jornada de Direito Civil, Brasília**, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2626/2701>>. Acesso em: 01 out. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Poder Legislativo, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2015.

CAFAGGI, Fabrizio. **Profili di relazionalità della colpa**: contributo ad una teoria della responsabilità extracontratuale. Itália: Ed. CEDAM, 1996.

CALDERALE, Alfredo. **Diritto privato e codificazione in Brasile**. Milão: Giuffrè, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva,

2008. v.3.

LEVY, Daniel. A “culpa” no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 86-102, jan./jun. 2006.

LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Leon. **Leçons de droit civil**. Tradução por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 63, p. 69-94, 2008.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

PARGENDLER, Mariana. **O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou punitive damages**. Disponível em: <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Camila Fernandes; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Efeitos jurídicos da violação positiva do contrato: indenização ou resolução contratual? In: **Direito Civil I**. XXIII Congresso Brasileiro do CONPEDI/UFPB. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f58929950c0c51f>>. Acesso em; 15 out. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VISENTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. La culpa como critério de imputación de la responsabilidad. Incumplimento e responsabilidade do devedor. Culpa aquiliana e culpa contratual. A culpa professional. O dolo. Trad. Aída Kemeljamer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. v. 1.

Como citar: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONTELI, Nathalia Nunes. Responsabilidade contratual e cláusula geral de redução da indenização à luz da teoria contemporânea do inadimplemento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.165-193, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p165. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 03/03/2016

Aprovado em 16/03/2016

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES E A NÃO DISCRIMINAÇÃO AO MIGRANTE NA UNIÃO EUROPEIA: DIGRESSÕES ACERCA DA FRATERNIDADE E DO RECONHECIMENTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE FREE MOVEMENT OF WORKERS AND THE
NON-DISCRIMINATION OF MIGRANTS IN THE
EUROPEAN UNION – DIGRESSIONS ABOUT
FRATERNITY AND RECOGNITION IN LABOR
RELATIONS

* Rodrigo Coimbra

**Ellara Valentini Wittckind

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: rodrigo.coimbra@terra.com.br.

** Mestranda em Direito Público, Linha de Pesquisa Novos Direitos, Sociedade e Transnacionalização, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI SANTO ÂNGELO). E-mail: ellarav@hotmail.com.

Resumo: A livre circulação de trabalhadores é uma das liberdades instituídas pela União Europeia em seus Tratados e defendida pelas suas instituições, jurídicas e administrativas. Um dos diferenciais desse Direito é que sua produção não é realizada por imposição Estatal como tradicionalmente ocorre com as normas jurídicas. Nesse contexto, é importante esta abordagem a respeito da liberdade de circulação de trabalhadores e da não discriminação ao trabalhador migrante, na União Europeia, normas aplicáveis e decisões do Tribunal de Justiça, a fim de se verificar de que forma a fraternidade e o reconhecimento contribuem para a efetivação desses direitos, conforme estudos de Habermas, Honneth e outros.

Palavras-chave: Liberdade de circulação; trabalhadores; União Europeia; não-discriminação; reconhecimento; fraternidade.

Abstract: The free movement of workers is a freedom established by the European Union in its various treaties and it's upheld by the legal and administrative institutions of said Union. One of the differentials of this right is that its creation is not carried out by State enforcement, as traditionally occurs with laws. Therefore, the approach regarding the free movement of workers and the non-discrimination of migrant workers in the European Union is extremely important because of its impact in decisions of Court and laws which, in order to verify how fraternity and recognition contribute to the realization of those aforementioned rights. We base this paper on studies of

Habermas, Honneth and others.

Keywords: Free movement; workers; European Union; non-discrimination; recognition; fraternity.

Como citar: COIMBRA, Rodrigo; WITTCKIND, Ellara Valentini. A livre circulação de trabalhadores e a não discriminação ao migrante na União Europeia: digressões acerca da fraternidade e do reconhecimento nas relações de trabalho.

Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 1, p. 194-219, abr. 2016.
DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p194. ISSN: 2178-8189.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a livre circulação de trabalhadores na União Europeia e o problema da discriminação do trabalhador estrangeiro nos países do Bloco.

A presente investigação se justifica em razão da curiosidade despertada quando do estudo da liberdade de circulação de trabalhadores na União Europeia, considerando os estudos de Habermas (1992) e Honneth (2003) a respeito da fraternidade e do reconhecimento, aqui voltadas ao estrangeiro.

O problema que se propõe é verificar se há, porque existe e de que forma pode ser mitigada a discriminação ao trabalhador migrante, na União Europeia, especialmente quando se vive cada vez mais intensamente num processo de globalização, onde a multiculturalidade mostra-se tão presente, mesmo dentro de um só país, ou na perspectiva de uma comunidade de nações.

O ponto de partida é o estudo da legislação da União Europeia, no que tange à proteção ao trabalhador migrante contra a discriminação, passando por apresentação de casos práticos da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, e também realizar uma abordagem doutrinária a respeito da livre circulação de trabalhadores e filosófica no que tange à discriminação.

O método utilizado é o bibliográfico, a partir de doutrina a respeito do Direito do Trabalho da União Europeia, citação e análise de dispositivos de Tratados e outros atos e de decisões dos Tribunais da União Europeia, exposição de dados estatísticos a respeito das migrações, assim como de abordagem filosófica a respeito da discriminação do trabalhador migrante, com base em Habermas, Honneth e outros autores importantes nos cenários brasileiro e mundial.

1 A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES NA UNIÃO EUROPEIA E A NÃO DISCRIMINAÇÃO OS TRATADOS E OUTROS ATOS E A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS A ESSE RESPEITO

No presente tópico, será analisado o direito à livre circulação, especificamente a de trabalhadores, pela abordagem dos Tratados e outros atos legislativos, a fim de se estabelecer o estudo da discriminação dos trabalhadores migrantes na União Europeia, não somente pela análise teórica, mas também pela apresentação de números e dados estatísticos de órgãos oficiais.

Conforme Caio Mesquita Barros, se considerados os aspectos políticos, econômicos e sociais mais relevantes, cinco são as liberdades a serem alcançadas pelo processo de integração: 1) livre circulação de bens, o que pressupõe ausência de barreira alfandegária; 2) livre circulação de capital, determinando a utilização de moeda única para evitar perdas com câmbio; 3) liberdade de concorrência, havendo regras de mercado comuns para todos; 4) liberdade de estabelecimento, ou seja, o produtor estabelecer-se-á onde entender que for melhor para sua produção, e 5) a livre circulação de pessoas e de trabalhadores, a fim de que não existam mais fronteiras para os indivíduos, dentro da comunidade, seja para viver, estudar ou trabalhar. (BARROS, 2000)

Para o presente estudo, importa a livre circulação de trabalhadores, sendo que, de início, há de se demonstrar que a referência a esta liberdade não decorre única e exclusivamente do mercado, ou seja, não se tem na livre circulação de trabalhadores somente o intuito de crescimento econômico do Bloco, mas de união das pessoas, de esforços, de experiências, para que nelas cresça o sentimento de comunidade e de integração. (BARROS, 2000)

Segundo informações do sítio eletrônico da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a livre circulação de trabalhadores facilita o desenvolvimento de novos mercados, a criação de laços comerciais (entre países de origem e de destino), a transferência de tecnologia e as reformas econômicas e políticas nos países de origem. Acrescenta-se a isto o fato de que a livre circulação de pessoas fortalece a integração também sob o ponto de vista subjetivo-cultural, através da troca de experiências de vida entre os estrangeiros e os nacionais. (OIT, 2014)

Conforme informação do sítio eletrônico da Organização Internacional do Trabalho, em 2005, cerca de 191 milhões de pessoas saíram de seus países de origem para residir e trabalhar em outros, no mundo todo. Cerca de 90% destes 191 milhões eram de trabalhadores e suas famílias (OIT, 2014). Os números são expressivos se comparados com a população brasileira que, em 2005, alcançava cerca de 172 milhões. (IBGE, 2005)

Em 2009, em meio a uma crise econômica internacional, a migração foi determinante para tensões entre estrangeiros e nacionais, na União Europeia. Isto se deu nas regiões mais afetadas pela crise, como Espanha e Irlanda, onde foi registrado aumento das hostilidades entre migrantes e trabalhadores locais, inconformados com a perda de vagas para a mão-de-obra estrangeira. Naquela época, ocorreu uma série de manifestações na Grã-Bretanha, chamando-se a atenção para o papel da crise no aumento da xenofobia. O maior dos protestos

ocorreu na refinaria de petróleo de Lindsey, do grupo francês Total, que contratou 200 operários italianos e portugueses e, em resposta, os trabalhadores da companhia entraram em greve, reivindicando que as vagas fossem entregues a britânicos. (CAMPANA, 2009)

Segundo dados do “Eurostat”, no final de 2012, 2,8 % dos cidadãos da União Europeia (14,1 milhões de pessoas) residiam num Estado membro diferente do de nascimento. (EUROSTAT, 2012) De acordo com um estudo do “Eurobarômetro” de 2010, 10% dos entrevistados informaram ter vivido e trabalhado em outro país da União, no passado. E, 17 % pretendiam fruir do direito à livre circulação, na União Europeia, no futuro. (EUROBAROMETER, 2010)

Assim, devido à expressiva circulação de pessoas que se desenha, mesmo permeada por momentos de menor fluxo, a migração internacional está hoje essencialmente ligada ao tema do trabalho digno e às questões do mercado de trabalho: de garantias, de igualdade de salário, de acesso ao emprego, de manutenção do emprego, de previdência privada, dentre outras. (BARROS, 2000)

Veja-se que a política social da União Europeia pauta-se na melhoria das condições de vida e trabalho dos trabalhadores, através do progresso econômico, como referido acima, e se observa do texto do artigo 151 (antes artigo 136) do Tratado da Comunidade Europeia:

Artigo 151.o (ex-artigo 136.o TCE) - A União e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objectivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma protecção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões. Para o efeito, a União e os Estados-Membros desenvolverão acções que tenham em conta a diversidade das práticas nacionais, em especial no domínio das relações contratuais, e a necessidade de manter a capacidade

concorrencial da economia da União. A União e os Estados-Membros consideram que esse desenvolvimento decorrerá não apenas do funcionamento do mercado interno, que favorecerá a harmonização dos sistemas sociais, mas igualmente dos processos previstos nos Tratados e da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas. [sic] [grifou-se] (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 126)

E do rol de motivos da referida Diretiva 38/2004/EC extrai-se:

Union citizenship should be the fundamental status of nationals of the Member States when they exercise their right of free movement and residence. It is therefore necessary to codify and review the existing Community instruments dealing separately with workers, self-employed persons, as well as students and other inactive persons in order to simplify and strengthen the right of free movement and residence of all Union citizens. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 1).

Um dos mecanismos práticos para por em efetividade esta Diretiva é a Rede EURES (Serviço de Emprego Europeus). A EURES é uma rede de cooperação entre a Comissão Europeia e os Serviços Públicos de Emprego dos Estados-membros, que tem por objetivo unificar as ofertas de emprego num único portal, na internet, a fim de que qualquer cidadão da União Europeia possa buscar vagas e candidatar-se a elas, em pé de igualdade com os demais concorrentes, pelo menos no que tange ao acesso à oferta de emprego. (EURES, 2015).

Importante, ainda, que se reflita acerca da liberdade de circulação de trabalhadores juntamente com sua família, o que determina o direito de residência, sem o qual a liberdade em questão não teria sentido. Inicialmente, todo cidadão da União Europeia tem direito a buscar emprego em qualquer dos Estados-membros. Para esta finalidade, pode permanecer no país em questão, enquanto perdurar a procura. Encontrando, tem direito de residir por período

¹ Directive 2004/38/EC: Article 16 - General rule for Union citizens and their family members 1. Union citizens who have resided legally for a continuous period of five years in the host Member State shall have the right of permanent residence there. This right shall not be subject to the conditions provided for in Chapter III.

certo, ou indeterminadamente¹, com sua família, aqui se entendendo o cônjuge e aqueles que dependam financeiramente do trabalhador migrante (ascendentes, ascendentes do cônjuge e filhos menores), conforme Diretiva 38/2004/EC.

Não obstante este cenário de proteção, as dificuldades existem, como nos casos de trabalhadores informais, de pessoas com qualificação, porém, habilitados em Cursos não reconhecidos pelo país de recepção. Tanto é assim que na 103ª Convenção da OIT, realizada em 28 de maio de 2014, em Genebra, o diretor-geral da Organização avaliou a questão das migrações no mundo, e embora em escala menor no âmbito da União Europeia, se pode citar a preocupação da entidade em relação ao fenômeno:

Diante desse panorama, é de grande importância desenhar políticas de migração que primeiramente facilitem a circulação dos trabalhadores e respondam ao desequilíbrio que existe atualmente entre a distribuição de oportunidades de trabalho e a distribuição da população em idade de trabalhar. (OIT, 2014, p. 1).

Na Carta dos Direitos Fundamentais da Europa, no artigo 15, tratou-se da “Liberdade profissional e direito de trabalhar”, sendo que todos os cidadãos têm direito de procurar emprego e se estabelecer em qualquer Estado Membro. E, no artigo 21, a Carta trata do princípio da não discriminação em razão de “sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”, sendo também “proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade”. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 13).

Na referida Carta também se encontra disposição a respeito da não discriminação (artigo 21)². O Tratado de Lisboa, modificando o Tratado da União Europeia, em seu artigo 1º-A, institui que:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade

² Artigo 21.o Não discriminação 1. É proibida a discriminação em razão designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica, social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 5).

Na mesma linha, no rol de motivos da Diretiva 38/2004/EC, extrai-se que a cidadania da União deverá ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros quando exercerem o seu direito de livre circulação e residência. É, pois, necessário codificar e rever os instrumentos comunitários em vigor que tratam separadamente dos trabalhadores, dos trabalhadores autônomos, bem como dos estudantes e pessoas inativas, a fim de simplificar e reforçar o direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União³.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o órgão que mais se destaca em ações para a defesa dos direitos dos trabalhadores e de suas famílias. Criada pela ONU, em 1919, a OIT vem atuando em duas frentes: na elaboração de convenções e recomendações que estabelecem modelos a serem seguidos pelas legislações dos países signatários e nos projetos de cooperação técnica, através dos quais atua juntamente com o Estado signatário para o desenvolvimento de ações práticas de combate à discriminação, à desigualdade, a condições de trabalho inadequadas, dentre outros⁴.

No âmbito da OIT, dentre os instrumentos celebrados se destacam a Convenção sobre a Migração para o Trabalho de 1949 (nº 97), baseada na

³ Diretiva 38/2004/EC. Union citizenship should be the fundamental status of nationals of the Member States when they exercise their right of free movement and residence. It is therefore necessary to codify and review the existing Community instruments dealing separately with workers, self-employed persons, as well as students and other inactive persons in order to simplify and strengthen the right of free movement and residence of all Union citizens.

⁴ Exemplo disso foi o relatório da oficina do Projeto ‘Monitorando e Avaliando o Progresso no Trabalho Decente’ (MAP) – OIT/CE. OIT BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/oficina_de_consulta_300.pdf>. Acesso em 25, jan./2015. Vide também: LAVINAS, Lena et al. 1998. Trabalho a domicílio: novas formas de contratualidade. Projeto Inter-regional OIT/Danida (Organização Internacional do Trabalho/ Organização Dinamarquesa para o Desenvolvimento) “Trabalho a domicílio na economia global”. Relatório de Pesquisa preparado para a Consulta técnica preliminar sobre trabalho a domicílio na América Latina. Santiago, Chile: OIT; e A OIT no Brasil – Trabalho decente para uma vida digna. OIT – Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Relat%C3%B3rio.%20OIT%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em 25, jan./2015.

igualdade de tratamento de nacionais e imigrantes legais em matéria laboral e a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes de 1975 (nº 143) que visa a eliminar a migração e o emprego ilegais e estabelece condições quanto ao respeito dos direitos dos migrantes ilegais, estabelecendo, simultaneamente, medidas com o objetivo de eliminar os movimentos migratórios clandestinos e de penalizar os empregadores de imigrantes ilegais. (OIT, 2014)

A Convenção nº 143 da OIT relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes já dispunha, no seu artigo 10 que:

[...] os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor comprometem-se a formular e a aplicar uma política nacional que se proponha promover e garantir, por métodos adaptados às circunstâncias e aos costumes nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, de direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e coletivas para aqueles que se encontram legalmente nos seus territórios na qualidade de emigrantes ou de familiares destes. (OIT, 2014, p. 5).

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral da ONU, em 18/12/1998, estabelece que os Estados devem respeitar os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes. Os Estados devem suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de mão-de-obra migrante. Igualmente, devem adotar políticas que garantam a igualdade de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, e de direitos sindicais e culturais. A Convenção também obriga aos Estados que a ratificarem a conceder, sem discriminação alguma com base na nacionalidade, raça, religião ou sexo, aos trabalhadores migrantes, que se encontrem legalmente no seu território, tratamento igual àquele de que beneficiam os seus nacionais, em matéria de legislação laboral. (OHCHR, 2015)

O artigo 25 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias estabelece que “os trabalhadores migrantes devem beneficiar de um tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em

matéria de retribuição” e outras condições de trabalho e de emprego. A alínea 3 do mesmo artigo impõe aos Estados a adoção de todas as medidas adequadas a garantir que os trabalhadores migrantes não sejam privados desses direitos. O instrumento, considerado uma das 9 convenções fundamentais sobre direitos humanos, conta com 31 signatários e 42 ratificações. (OHCHR, 2015)

Nesse norte, importante ressaltar que a Convenção 111 da OIT, de 1958, foi o primeiro instrumento internacional que se ocupou de tratar a respeito da não discriminação em matéria de emprego. Na redação do documento se definiu a discriminação como distinção negativa através da qual se priva alguém da igualdade de oportunidade ou de tratamento no trabalho. O artigo primeiro a definiu como: “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;” e “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores”. (OIT, 2014, p. 1). Conclui-se que o rol de critérios de não-discriminação não é taxativo, podendo a eles serem acrescentados, por exemplo, idade e condições físico-mentais (em defesa dos idosos e das pessoas portadoras de deficiências).

Ocorre que, mesmo diante dos direitos formalmente garantidos, conforme a 8ª Conferência Ministerial do Conselho Europeu, ocorrida em 2008, a discriminação ainda mantém e justifica “estratificação e segmentação no mercado de trabalho”, além de contribuir para a manutenção e reforço de atitudes que relegam ou restringem a certos grupos o acesso ao trabalho.

Na linha de Shelton, embora os textos de direitos humanos reconheçam que “todas as pessoas” têm direitos, é fato que embora as leis sejam aparentemente neutras, podem trazer discriminações quando de sua aplicação, pois pode impedir que algumas pessoas não possam exercer certos direitos⁵. Isto porque “hay factores estructurales que pueden dejar a ciertos grupos a la zaga en relación con el resto de la sociedad, independientemente de que formalmente reciban un trato equitativo o exista una prohibición de discriminación directa”. (SHELTON, 2014, p. 13-15)

A par destas informações iniciais, há de se ponderar que o princípio da

⁵ A autora refere como exemplo o direito de acesso à justiça que pode não ser efetivo quando se exige o pagamento de custas e a contratação de advogados para que as pessoas venham a exercê-lo.

não discriminação dos trabalhadores em razão de sua nacionalidade deve ser analisado sob o enfoque de um direito humano fundamental, porquanto:

(...) em geral pode assinalar-se que a proibição de discriminar constitui um dos direitos fundamentais mais sólidos de qualquer sistema de proteção de direitos humanos ou fundamentais, seja interno ou internacional. Isto é assim porque não é concebível um ordenamento jurídico medianamente evoluído no qual se consagre a discriminação racial ou segregação, a discriminação religiosa, ou política etc; se se produz uma situação de tal caráter, estaremos diante de algo muito distinto de um Estado de Direito (SANCHO, 1989, p. 147).

Palomeque López e De La Rosa (2001) entendem que a não discriminação abrange: igualdade e não discriminação no emprego e nas condições de trabalho. Quanto à primeira, o trabalhador estrangeiro tem direito de competir igualmente com o nacional, pelo emprego. Quanto à segunda, os nacionais e estrangeiros têm direito às mesmas condições de trabalho, no que tange à organização do trabalho, ao acesso à assistência e à previdência, à sindicalização, à igualdade de remuneração, à despedida não discriminatória, entre outros. (PALOMEQUE LÓPEZ; DE LA ROSA, 2001)

Melgar et. al. ressaltam que a liberdade de circulação de trabalhadores constitui um aspecto importante para a não discriminação na esfera das relações de trabalho, pois determina a abolição de qualquer tratamento diferenciado com base na nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados-membros. (MELGAR; MORENO; NAVARRO, 1998)

A fim de que o trabalhador migrante possa efetivamente por em prática a liberdade de trabalhar em qualquer Estado-membro da União Europeia, a ele é garantido o acesso ao trabalho, através da possibilidade de obter emprego pelos mesmos meios que os nacionais, isto é, não poderá haver discriminação na oferta, tampouco na seleção de emprego. (MELGAR; MORENO; NAVARRO 1998)

Sobre essa questão, Pocar (1998) enfatiza acerca da vedação de qualquer discriminação por parte do Estado-membro em relação aos trabalhadores migrantes, como referido. Ainda, informa quanto à obrigação de o Estado-membro dar preferência aos trabalhadores da União Europeia, a

terceiros, advindos de outros países (segundo o autor, esta conclusão emerge, implicitamente, dos termos do artigo 2 do Regulamento nº 1.612/68). (POCAR, 1988)

A participação dos Tribunais da União Europeia para a garantia da livre circulação de trabalhadores é ativa, pois inúmeras são as decisões e recomendações expressas pelos mesmos, quanto à questão. No sítio eletrônico da União Europeia, na sessão da jurisprudência dos Tribunais, foram encontradas várias decisões a respeito desses direitos, dentre as quais se colacionam as seguintes, sendo aqui citados trechos de suas fundamentações, todos oriundos do Tribunal de Justiça da União Europeia:

76. Em matéria de livre circulação de trabalhadores, o Tribunal de Justiça considerou que, “[s]e é certo que os direitos de livre circulação previstos [no artigo 45.º TFUE] beneficiam os trabalhadores [...], nada na letra do referido artigo indica que estes direitos não possam ser invocados por outrem” (29). Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que “o benefício do artigo 45.º TFUE pode ser invocado não só pelos próprios trabalhadores mas também pelos seus empregadores. Com efeito, para ser eficaz e útil, o direito que os trabalhadores têm de ser contratados e de terem uma ocupação, sem discriminação, deve necessariamente ter como complemento o direito de os empregadores os contratarem, no respeito das regras em matéria de livre circulação dos trabalhadores”

82. A título preliminar, há que recordar que é jurisprudência assente que o artigo 56º TFUE exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços estabelecido noutro Estado Membro, em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada aos prestadores nacionais e de outros Estados Membros, quando seja suscetível de impedir, perturbar ou tornar menos atrativas as atividades do prestador estabelecido noutro Estado Membro, onde preste legalmente serviços análogos. Quanto aos trabalhadores migrantes e aos trabalhadores fronteiriços, o facto de terem acedido ao mercado de trabalho de um Estado Membro gera, em princípio, o vínculo de integração suficiente na sociedade

desse Estado que lhes permite aí beneficiar do princípio da igualdade de tratamento, relativamente aos trabalhadores nacionais, no tocante às vantagens sociais. Este princípio é aplicável não só a todas as condições de trabalho mas também a todas as vantagens que, estando ou não ligadas a um contrato de trabalho, são geralmente reconhecidas aos trabalhadores nacionais em razão, principalmente, da sua qualidade objetiva de trabalhadores ou do simples facto de terem a sua residência habitual no território nacional (v., designadamente, acórdãos de 12 de maio de 1998, Martínez Sala, C 85/96, Colet., p. I 2691, n.º 25, e Comissão/Alemanha, já referido, n.º 39). 66 O vínculo de integração resulta, nomeadamente, do facto de o trabalhador migrante também contribuir, com os tributos que paga no Estado Membro de acolhimento devido ao trabalho por conta de outrem que aí presta, para o financiamento das políticas sociais desse Estado, devendo delas beneficiar nas mesmas condições que os trabalhadores nacionais. (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Com isso, partindo-se do pressuposto da livre circulação de trabalhadores, na União Europeia, se estabelecem inúmeras condições para que tal desiderato tenha plena efetividade, dentre eles, a proteção dos Tratados e demais atos e a atuação importante da jurisprudência. Não menos importantes, são os instrumentos administrativos para a concretização desta liberdade, como a Rede EURES. As Convenções da OIT e também, aqui se acrescente, a atuação das empresas, também favorecem a efetivação da livre circulação de trabalhadores na União Europeia.

Sabendo-se que a circulação de trabalhadores na União Europeia é fato corriqueiro, não somente os Estados e a legislação da União, como um todo, devem estar preparados para resolver questões decorrentes de discriminação de trabalhadores migrantes, mas os próprios sujeitos, ou seja: o migrante, o trabalhador nacional e os patrões. Questões como a fraternidade e o reconhecimento são basilares neste sentido, as quais serão abordados no tópico seguinte.

2 A NÃO DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHADOR MIGRANTE NA

UNIÃO EUROPEIA SOB AS PERSPECTIVAS DA FRATERNIDADE E DO RECONHECIMENTO

Neste item serão tratados fraternidade e reconhecimento para se estabelecer paradigmas para a mitigação da discriminação no trabalho no que diz respeito à migração de trabalhadores na União Europeia.

A igualdade e a não discriminação devem ser consideradas segundo uma gama de circunstâncias (COIMBRA; ARAUJO, 2014), vez que situações de diferenciações podem não ter intuito desmerecedor e prejudicial, mas de proteção dos menos favorecidos, a fim de se estabelecer um tratamento mais igual possível entre estes e os demais. Numa dada sociedade, numa certa época, diante de algumas particularidades, é necessário que se estabeleçam parâmetros não somente normativos, mas práticos, políticas redistributivas (COIMBRA; ARAUJO, 2014), mudanças nos relacionamentos interpessoais, no intuito de se manter a paz e contribuir para o desenvolvimento de uma “humanidade” de fato.

Como definido por Habermas, o nacionalismo pode provocar uma tragédia, como fez na Alemanha. Esse nacionalismo determina nas pessoas o pensamento de que, por compartilharem uma história em comum, além da língua e da cultura, são homogêneos e, por isso, assim devem permanecer. Trata-se de discriminação decorrente do excesso de nacionalismo e da não aceitação do diferente como igual, o que pode ser facilmente notado no ambiente de trabalho. (HABERMAS, 2004.)

Por esta razão, sem se esquecer de defender princípios universais (democracia e do respeito pelos direitos humanos), Habermas tenta dissociar Estado e nação com a finalidade de definir um pós-nacional - ou seja, uma identidade. (HABERMAS, 1992) Essa teoria do patriotismo constitucional não é uma abstração. Ela decorre do debate e é, portanto, legitimada por ele. A natureza idealista desta teoria pode ser questionada onde enfatiza a importância do debate como sendo o único meio de identificar os princípios universalistas aceites por todos, e assim de reavaliar suas próprias opiniões. O filósofo entende que a integração dos cidadãos pertencentes a diferentes nações europeias implica a construção de patriotismo constitucional, e no Parecer do Conselho de Europa, isso significa promover a integração dos migrantes no país de acolhimento. (HABERMAS, 1992)

Nessa linha, a existência de princípios cívicos universalistas deve ir além de referências étnicas, linguísticas e culturais e também evitar a exaltação trágica de uma história ou cultura.

Dentre estes princípios ou valores universais, Amy Gutmann, defende que o reconhecimento intersubjetivo não pode levar em consideração sexo, raça ou procedência étnica, assim como deve haver respeito às “formas de ações, práticas e visões peculiares do mundo que gozam de prestígio junto aos integrantes dos grupos desprivilegiados, ou que estão intimamente ligados a essas pessoas”. (GUTMANN, 1994 apud HABERMAS, 2004, p. 240).

O mesmo vale para estrangeiros residentes em outro país, com o fito de não somente fixar residência, mas de trabalhar. Trazendo o pensamento de Gutmann e de Habermas para a realidade da União Europeia, pode-se afirmar que não se trata da exigência de “igualamento de condições sociais de vida”, mas da defesa da “integridade das formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se”. (HABERMAS, 2004, p. 240)

Perceptível que Habermas entendeu pela existência de uma forma de não reconhecimento cultural que reflete em discriminação, em “demérito social”. (HABERMAS, 2004, p. 240) Para a realidade em análise, pode-se afirmar que a situação do migrante dentro da União Europeia pode, por vezes, configurar-se não somente como de não reconhecimento como cidadão (cidadão da União Europeia), mas também como detentor de direito iguais aos dos trabalhadores do país de acolhida, vindo a sobressair a realidade da discriminação.

Importante ainda que se registre que a não discriminação e o por em prática os direitos da União Europeia aos nacionais dos países membros deve significar a coexistência das pessoas, de forma natural e pacífica, nessa comunidade que tem por objetivo principal a prática das liberdades fundamentais, através da cooperação, da integração e do respeito mútuo. (HABERMAS, 2004)

Os diferentes grupos étnicos e as culturas devem ser observados e respeitados com a finalidade de que, efetivamente, se dê eficácia aos direitos formalmente instituídos, expostos no tópico anterior. Veja-se que Habermas defende que isto não deve pautar-se na normatividade, mas através da “defesa dos contextos vitais e experiências partilhados intersubjetivamente, nos quais a pessoa foi socializada (...) a identidade do indivíduo está entretecida com identidades coletivas e só pode estabilizar-se em uma rede cultural que está longe de poder ser adquirida como propriedade quanto a própria língua materna”. (HABERMAS, 2004, p. 257)

Nesse norte, Habermas conduz à conclusão de que é impossível a coexistência equitativa de diferentes grupos étnicos se não se assegurarem a todos direitos que estejam além do individualismo, ou seja, deve ser ultrapassado

o “isolamento étnico” (HABERMAS, 2004, p. 259) para que se tenha uma verdadeira integração e efetivação dos direitos, no caso, estabelecidos na União Europeia.

Embora num primeiro momento se possa pensar que não, tendo em vista a ampla gama de direitos normatizados, existe ainda discriminação ao estrangeiro, no âmbito da União Europeia. Destarte, não se pode falar numa integração verdadeira senão pelo viés de um “teor ético neutro” na fixação de uma política que unifique, num Estado, as diferenças entre as comunidades étnico-culturais que possuem, cada qual, sua percepção acerca do que é “o bem”. (HABERMAS, 2004, p. 265)

Ainda se entende que essa visão ético-política de nação se vê afetada com a migração, o que leva a uma contraposição à autodeterminação, ou seja, se o indivíduo possui liberdade de locomoção da União Europeia e deseja fixar residência em outro país-membro, deveria aglutinar a vida cultural do país receptor, esquecendo-se da de seu país? Do mesmo modo, o povo que recebe, tem o direito de discriminar o indivíduo natural de outro Estado, em nome da manutenção daquilo que entende por “sua nação”? (HABERMAS, 2004)

Com isso, registra-se que na situação de hoje, na qual o anseio por imigração supera enormemente a disposição ao acolhimento, coloca-se a pergunta se, para além da postulação moral de integração, subsiste também um direito legítimo à integração? (HABERMAS, 2004) Pretende-se responder esta pergunta, em seguida.

Nessa linha, a imagem hegeliana do homem se ajusta a essas premissas e é perfeitamente coerente com o sistema que vê a esfera política não como “uma união mecânica” de indivíduos igualmente soberanos, mas como unidade orgânica de classes e funções regidas pelo princípio da universalidade. Paralelamente a isso, toda a vida social é entendida “em sentido orgânico” e não como conjunto de indivíduos indiferenciáveis concebidos abstratamente na uniformidade de sua natureza sensível e racional. (RIDOLA, 2014).

Segundo Rios, a posição de desvantagem de alguns grupos, aqui se tratando dos migrantes dentro da União Europeia, se dá pelas seguintes abordagens: teoria do estigma e teoria da desvantagem dos grupos discriminados. (RIOS, 2008) A segunda poderia se adaptar melhor à situação em análise no presente artigo, tendo em vista que estuda o fato de que os discriminados estão expostos à situação de privações decorrentes das “práticas e instituições sociais que criam, reproduzem e perpetuam desigualdades materiais” (BRAGATO, 2013, p. 80)

Conforme Bragato:

Quando a modernidade europeia assentou o fundamento da dignidade na racionalidade humana e construiu o conceito de raça e racismo, produziu-se, historicamente, a construção de um padrão de humanidade encarnado na figura do indivíduo masculino, branco, proprietário, ocidental, heterossexual e cristão. Como padrão unitário, superior e cientificamente orientado de comportamento, a racionalidade tornou-se um atributo culturalmente centrado (ou etnocêntrico) e, portanto, ausente em diversos exemplares da espécie humana, como é o caso (...) dos estrangeiros. (BRAGATO, 2013, p. 83)

Supiot, em sua “Crítica ao Direito do Trabalho”, informa que a fraternidade possui dois sentidos, um é a legitimação da igualdade e da hierarquia e o outro é fonte de inclusão e de exclusão. Ou seja, pode-se ter a fraternidade como doçura e conciliação, ou como combate e exclusão (aqui se verifica a exclusão daqueles que não são descendentes da mesma origem, ou seja, os estrangeiros – trabalhadores migrantes, neste artigo). (SUPIOT, 1996)

Do ponto de vista positivo, a fraternidade se funda em um sentimento de comunidade, e não em um agrupamento racional. Tem-se, então, um sentimento de pertença a uma sociedade – comunidade, ainda que não na de origem, ou seja, fora de seu país natal o sujeito ainda é considerado detentor de direitos e se vê parte da sociedade do país que o recebe, como trabalhador. (SUPIOT, 1996)

Segundo Câmara, a fraternidade pode sim ser vista como um “princípio inspirador”, através do qual se universalizam os direitos, importando em um “norte interpretativo”, ou seja, pode vir a constituir-se em um “conceito operacional, sob a ótica do jurista”. (CÂMARA, 2012, p. 85) Veja-se isto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Cançado, também neste sentido, clama pela

(...) necessidade de todos os cidadãos exercitarem a fraternidade, inclusive no campo do direito, adotando-a como princípio norteador (...), se realmente se quiser diminuir os conflitos sociais trabalhistas e tornar efetivo o veto à violação

da dignidade do homem, à sua utilização como mero objeto a serviço de outrem. (CANÇADO, 2009, p. 128)

Segundo Habermas, o que confirma os dados estatísticos mencionados no tópico anterior, desde o crescimento explosivo da imigração (e migração) em todo o mundo, no século XIX, grande parte das pessoas que procuram outros Estados para residir é formada por trabalhadores em busca de melhor qualidade de vida. (HABERMAS, 2004)

Esse maciço movimento, especialmente o que se desenha na União Europeia, de trabalhadores de países menos favorecidos para países mais desenvolvidos, gera em ampla gama da população de trabalhadores do país de recepção um sentimento de precaução, isto é, de abrirem-se os olhos para o “diferente”, buscando “defender” seus direitos em detrimento do trabalhador migrante. Como se o migrante não tivesse direitos, a sociedade se fecha para ele, a vizinhança não o acolhe, os colegas de trabalho o excluem e, mansamente, se estabelece a discriminação, fortemente baseada agrupamento racial (conforme entendimento de Supiot, acima registrado) que hoje já deveria ter sido ultrapassado, diante da rapidez com a qual a sociedade se modifica e com a qual o direito deve saber pautar-se. (SUPIOT, 1996)

Conforme Honneth, o outro deixa de ser reconhecido porque a) há convicção, preconceito ou estereótipo que o negam, ou porque b) o sujeito que nega está imerso numa concepção de que o outro é visto como objeto. A adesão à primeira hipótese impede o reconhecimento do outro como sujeito de direitos, como no caso da xenofobia, da discriminação do migrante, dentro do âmbito da União Europeia. (HONNETH, 2007)

A corroborar, cita-se novamente a Convenção 111 da OIT, a qual trata dos tipos diretos de discriminação, dentre os quais se podem destacar, pela ligação com o presente artigo, os decorrentes de ascendência nacional, de raça e de religião. O primeiro diz com o fato de que o estrangeiro, diferente do ponto de vista cultural, não deve sofrer discriminação no ambiente de trabalho. Quanto às questões de raça e de religião, o mesmo se aplica, pois os trabalhadores migrantes não podem ser discriminados pela sua origem étnica ou pela religião que professam. (BARZOTTO, 2012)

Bragato traz à baila situação prática de discriminação vivenciada pelas mulheres que professam a religião muçulmana, na França, vez que foi editada uma lei pela qual se proibiu o uso de véu – ou melhor, cobrir o rosto, em locais públicos. Veja-se que a lei não se mostra de caráter geral, porquanto se dirige

às mulheres que usam véu. Assim, a trabalhadora migrante de país da União Europeia, muçulmana, quando ingressar na França, para exercer seu trabalho, não poderá usar véu em locais públicos, sendo, em última análise, discriminada no país de acolhimento, no caso, a França. (BRAGATO, 2013)

Assim, dentro do contexto de acolhimento, conforme Habermas, se entende haver uma “postulação moral” de integração, assim como um “direito legítimo à integração”, respondendo-se ao questionamento feito pelo próprio autor, registrado anteriormente. (HABERMAS, 2004, p. 268)

Dentro desta perspectiva de afastamento do trabalhador migrante dos demais trabalhadores do país de recepção, dentro da União Europeia, se visualiza a questão do “reconhecimento” de Hegel, defendida por outros filósofos, e amplamente estudada por Axel Honneth. Ou seja, há necessidade de que entre os trabalhadores de origem e os migrantes se estabeleça um “reconhecimento recíproco”, “porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais”. (HONNETH, 2003, p. 155)

Neste contexto, tem-se a efetividade das normas da União Europeia quanto a não discriminação, a fim de que se estabeleça uma “coerção normativa” obrigando os sujeitos ao reconhecimento recíproco, a fim de que as “pretensões de sua subjetividade” possam obter uma expressão social. (HONNETH, 2003, p. 155-156)

Conforme Morin:

Em nosso mundo de homens [...] mais do que sonhar com a harmonia geral ou com o paraíso, devemos reconhecer a necessidade vital, social e ética de amizade, de afeição e de amor pelos seres humanos, os quais, sem isso, viveriam de hostilidade e de agressividade, tornando-se amargos ou perecendo. (MORIN, 2007, p. 36)

Envoltos em legislação vasta e bastante protetiva, num primeiro momento, poder-se-ia pensar numa situação ideal para os trabalhadores, no seio da União Europeia, como referido. Entretanto, como em todo sistema social, há atritos, divergências, diferenças e problemas à espera de solução. Situação não diferente a esta se apresenta na União Europeia, porquanto o ser humano não se vislumbra completo sem as vestes da “utilidade”. Ou seja, ciente de que possui um papel na sociedade, um trabalho, um emprego, uma família, sente-se

senhor de si e não somente sabe que possui direitos, mas exige que os mesmos sejam observados.

No caso da livre circulação de trabalhadores, devidamente assegurada pela legislação da União Europeia, observa-se, em concreto, o que entendeu François Ost a respeito da terceira figura de desinstituição social (o trabalho), em sua obra “O tempo do Direito”, no sentido de que:

Reconhecido, o trabalhador passa a ser sujeito de direito, portador de um estatuto, geral e abstrato, que o inscreve num coletivo cujo lugar social está consagrado. Sob a égide da lei e da sua ordem protetora o trabalhador pode doravante circular num território abstrato e jurídico que o liberta das limitações pessoais e das sujeições locais, dando-lhe dignidade, utilidade e acesso ao espaço público. (OST, 2001, p. 23)

Conforme Ridola, o homem “não age mais numa esfera de liberdade relativa, num espaço reservado, dado por seu Criador, e com limites preestabelecidos. Assim, a perspectiva da imagem Dei começa a ser substancialmente superada por uma visão do homem que, precisamente porque feito à imagem de seu criador, é também ‘senhor’ de seu mundo”. (RIDOLA, 2014, p. 33)

Na perspectiva de Hannah Arendt, “o animal laborans é apenas uma das espécies animais que vive na terra – na melhor das hipóteses, a mais desenvolvida”. (ARENDR, 2001, p. 95)

Quanto à este tema, Lefebvre et. al. informam que “na dependência e na reciprocidade do trabalho e da satisfação das carências, a necessidade subjetiva transforma-se numa contribuição para a satisfação das carências de todos os outros”. (LEFEBVRE; MACHEREY, 1999, p. 42)

No mesmo sentido, como aduz Reis, “o trabalho, que na face biológica é cíclico, rotativo e recorrente – passa a propulsionar um movimento em espiral, que tem por vetor a consciência da liberdade”. (REIS, 2012, p. 15-33)

Acerca das fontes do direito, no âmbito do Direito do Trabalho na União Europeia, diante não somente da comunidade como da globalização, tem-se o entendimento de Peduzzi, no sentido de que:

Ao enfraquecimento do direito nacional corresponde, por conseguinte, o robustecimento da atividade de criação do

direito na esfera infra-estatal (corporações, particulares, onde se inserem as convenções e os acordos coletivos de trabalho) e no contexto transnacional (organismos internacionais, blocos econômicos). Trata-se de uma situação particular e inédita de pluralismo jurídico. (PEDUZZI, 2003, p. 21).

Conforme Reis (2012), os instrumentos internacionais de defesa dos direitos dos trabalhadores têm importância crucial para favorecer as distorções da proteção do direito nacional frente à globalização.

Com isso, importante que se institua a discussão a respeito das questões subjetivas que emergem dos direitos estabelecidos, com a finalidade de que sejam efetivos, ou seja, sem se ter em mente as implicações que o direito estabelece nas vidas dos indivíduos, não há possibilidade de fazê-lo efetivo.

Dessa forma, estabelecendo-se que os direitos à liberdade de circulação e a não discriminação, devidamente positivados, devem ser internalizados pelos indivíduos da União Europeia, entende-se que possam ser mais facilmente postos em prática e respeitados. E, para isso, a fraternidade e o reconhecimento se mostram bastante significativos, porém, sempre devem ser exercitados.

CONCLUSÃO

Em que pese, no âmbito da União Europeia, haja legislação buscando a efetivação dos direitos à livre circulação de trabalhadores e a não discriminação a realidade social diverge da letra da lei e das intenções dos governos e de outras instituições que têm por objetivo a defesa dos trabalhadores, pois a globalização e o multiculturalismo exigem posturas ainda mais atuantes e ativas para a proteção e a efetivação dos direitos.

A xenofobia, o preconceito e a discriminação são situações que não se eliminam pura e simplesmente pela imposição normativa. Diversamente, esta imposição é parte do processo de efetivação de direitos, que ainda passa pela recepção interna dos indivíduos a este respeito, sejam nacionais ou não, conforme o aparato filosófico a respeito da fraternidade e do reconhecimento utilizado neste ensaio.

Assim, tem-se por extremamente válido o estudo a respeito das implicações subjetivas quanto se trata de Direito do Trabalho, tendo em vista que a pessoa do trabalhador, o animal laborans, na expressão de Arendt, é

extremamente delicado do ponto de vista de sua individualidade, porquanto o trabalho não possui meramente o sentido de sustento, mas de afirmação social do ser humano.

Daí a necessidade de se pensar a problemática da efetividade dos direitos trabalhistas formalmente estabelecidos na União Europeia a partir da fraternidade e do reconhecimento das relações de trabalho no âmbito do Bloco, especialmente no que diz respeito ao trabalhador migrante.

REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARROS, Caio Mesquita. Direito comunitário: aspectos trabalhistas. In: **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho. In: **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Coord. Luciana Cardoso Barzotto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35-53.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos além da lógica formal do princípio da igualdade: uma leitura a partir do princípio da não-discriminação. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77-91.

CÂMARA, Sílvia Beatriz Gonçalves. A concretização da fraternidade e as relações de trabalho: uma abordagem acerca da discriminação e exclusão social. In: **Trabalho e Igualdade : tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Coord. Luciana Cardoso Barzotto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 81-91.

CAMPANA, Fabio. **Cresce violência contra imigrantes na Europa**. Disponível em: <<http://www.fabiocampana.com.br/2009/02/violencia-contra-imigrantes-cresce-na-europa-em-razao-da-crise-economica/>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CANÇADO, Andrea Aparecida Lopes. O contrato de trabalho no século XXI e o esquecido princípio da fraternidade. **Revista do Tribunal da 3ª Região**. Belo Horizonte: Sigma, v. 49, n. 79, 2009.

COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. **Direito do trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014.

EURES. O que pode a EURES fazer por si? 2015, p.1. Disponível em : <https://ec.europa.eu/eures/public/pt/what-can-eures-do-for-you->. Acesso em: 30 ago. 2015.

EUROBAROMETER. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

EUROSTAT. Disponível em <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

GUTMANN, A. (Ed.). Examining the Politics of Recognition. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. t.I e II.

HABERMAS Jürgen. (1992): Citizenship and national identity: some reflexions on the future of Europe. **Praxis International**, n.12, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses, com colaboração de Karl-Heinz Effen. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. pt. I.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática social dos conflitos morais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. **Reificación**: un estudio en la teoría del reconocimiento. Buenos Aires: Katz Editores, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.

Disponível em < <http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em 30, ago./2014.

LEFEBVRE, Jean-Pierre; MACHEREY, Pierre. **Hegel e a Sociedade**.

Tradução Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

MELGAR, Alfredo Montoya; MORENO, Jesús M. Galiana; NAVARRO, Antonio V. Sempere. **Derecho social europeo**, Madrid: Tecnos, 1994.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <<http://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções. Disponível em: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

OST, Françoise. **O tempo do Direito**. São Paulo: Piaget, 2001.

MORIN, Edgar. **O método: ética**. 3 ed. Porto Alegre: Meridional, 2007. v.6.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; DE LA ROSA, Manuel Álvarez. **Derecho del trabajo**. 9.ed. Madrid: Editorial Universitária Ramon Areces, 2001.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Globalização, integração de mercados e repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: Lex Magister, v. 69, n. 1, p. 21-39, jan./jun. 2003.

POCAR, Fausto, **Derecho comunitario del trabajo**. Trad. José Henrique Serrano Martinez. Madrid: Civitas, 1988.

REIS, Daniela Murad. Discriminação nas relações de trabalho e emprego: reflexões éticas sobre o trabalho, pertença, exclusão social e os instrumentos jurídicos de retificação. In: **Trabalho e igualdade**: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15-33.

RIDOLA, Paola. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Tradução Carlos Luiz Strapazon e Tula Wesendonck. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANCHO, Angel; CHUECA, G.. **Los derechos fundamentales en la comunidad europea**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1989.

SHELTON, Dinah. Prohibición de discriminación em el derecho internacional de los derechos humanos. In: **Anuario de derechos humanos**. n 4, 2008. Disponível em: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/137560>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

SUPIOT, Alain. **Crítica del derecho del trabajo**. Tradução José Luis Gil y Gil. Espanha: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 1996.

UNIÃO EUROPÉIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=estrangeiro%2Bdiscrimina%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Btrabalho%2B&docid=151973&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=453252#Footref30>> . Acesso em: 30 ago. 2014.

_____ . Jurisprudência. 2014.

Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=estrangeiro%2Bdiscrimina%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Btrabalho%2B&docid=123844&pageIndex=0&doclang>

=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=453252#ctx1 >. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. Legislação. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

Como citar: COIMBRA, Rodrigo; WITTCKIND, Ellara Valentini. A livre circulação de trabalhadores e a não discriminação ao migrante na União Europeia: digressões acerca da fraternidade e do reconhecimento nas relações de trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 194-219, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p194. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 24/02/2015

Aprovado em 02/10/2015

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DOS BENS IMÓVEIS

AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE CHATTEL
MORTGAGE ON IMMOVABLE PROPERTIES

* Ted Luiz Rocha Pontes

**Unie Caminha

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo analisar sob o enfoque do direito e economia o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, instituído no ordenamento pátrio pela Lei Federal de nº. 9.514/1997, comparando-o com a garantia real imobiliária dada pela Hipoteca, usando-se uma análise econômica dos institutos. Verificou-se a existência de dados que demonstram a redução da taxa de inadimplência do crédito concedido e garantido pelo instituto da alienação fiduciária, bem como o aumento da segurança jurídica na execução da garantia, em comparação com as dificuldades verificadas para a execução da garantia hipotecária, demonstrando uma eficiência econômica.

Palavras-chave: Alienação fiduciária; mercado imobiliário; SFI; hipoteca; SFH.

Abstract: This paper aims to examine - under the approach of law and economics - the legal institute of the chattel mortgage in the real estate market. This institute was established by the enactment of Federal Law no. 9514/1997 and is compared to an ordinary mortgage. The use of data verified the existence of the reduction of the default rates concerning the credits granted and guaranteed by the Institute of liens, as well as increasing the legal certainty of the enforcement of the chattel mortgage in comparison with the difficulties encountered in the enforcement of the ordinary mortgage; thus, showing an economic efficiency.

Keywords: Chattel mortgage; housing market; SFI; mortgage; SFH.

Como citar: COIMBRA, Rodrigo; WITTCKIND, Ellara Valentini. A livre circulação de trabalhadores e a não discriminação ao migrante na União Europeia: digressões acerca da fraternidade e do reconhecimento nas relações de trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.220-246 abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p220. ISSN: 2178-8189.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).LLM em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais do Rio de Janeiro (IBMEC-RJ). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).E-mail: tedpontes@outlook.com.

** Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada. E-mail: ucaminha@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário é importante para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, porquanto se por um lado possui uma alta capacidade de geração de empregos¹ e circulação de riquezas, por outro possibilita o acesso da população à moradia e, por consequência, a redução do déficit habitacional.

A importância do segmento justificou a criação, em 1964, do Sistema Financeiro da Habitação, com o objetivo de propiciar a compra da moradia pela população, por meio do incentivo a concessão de financiamentos imobiliários. Em tal sistema financeiro os recursos são provenientes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos.

Entretanto, em função da elevada inadimplência, da demora na execução das garantias hipotecárias, do descasamento entre as taxas de captação e remuneração e da insegurança jurídica ocasionada pela judicialização das relações jurídicas, o Sistema Financeiro da Habitação entrou em crise, culminando, ao final, com a extinção do Banco Nacional da Habitação.

É no contexto de necessidade de reerguer o mercado imobiliário, de reduzir a taxa de inadimplência e de conceder mais segurança aos financiamentos concedidos, com vistas a possibilitar tanto a construção de novos empreendimentos imobiliários, como a sua comercialização, que é elaborada e promulgada a Lei Federal de nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Tal Lei Federal instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário para possibilitar o investimento via mercado de capitais, criando o Certificado de Recebível Imobiliário de livre circulação e, por fim, estabeleceu a possibilidade de contratação de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, em uma tentativa de superar os entraves da hipoteca e, portanto, aumentar a segurança jurídica do sistema.

A referida garantia, objeto do presente trabalho, tinha – e continua tendo – como objetivo superar os entraves vivenciados pela garantia hipotecária nos financiamentos imobiliários contratados, possibilitando uma célere execução e venda do imóvel dado em garantia, por meio de procedimento de público leilão descrito no diploma legal. Ademais, foi possibilitado, justamente para garantir a existência de contratos homogêneos, que todas as pessoas contratassem a alienação fiduciária, não sendo, então, exclusiva das entidades integrantes do

¹ A Construção Civil gerou, aproximadamente, 1,7 milhões de postos de trabalho entre 2002 e 2012. Fonte: Secovi – Disponível em <http://www.secovi.com.br/files/Downloads/balaco-mercado-imobiliario-2012.pdf>.

SFI.

Metodologicamente, esta investigação se classifica da seguinte forma: bibliográfica, quanto ao tipo, porquanto o conhecimento foi buscado em livros doutrinários, artigos científicos, dissertações de mestrados, teses de doutorado, enfim, em entendimentos dos diversos autores sobre a problemática delineada; quanto à utilização dos resultados, aplicada; quanto à natureza, qualitativa. Buscaram-se, ainda, os entendimentos dos tribunais sobre o assunto pesquisado e os indicadores econômicos atrelados à utilização do instituto de garantia objeto desta pesquisa, como a diminuição da inadimplência e/ou aumento da segurança jurídica na execução da garantia dada.

Desta feita, o objetivo do presente trabalho consiste em analisar, sob o enfoque do direito e economia, o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, comparando-a com o instituto da hipoteca, garantia real sobre bens imóveis de terceiro. Para cumprir com tal desiderato, o trabalho foi dividido em três tópicos, sendo o primeiro destinado à análise do direito real de garantia sobre bem próprio denominado de alienação fiduciária de bem imóvel. O segundo tópico visa elencar alguns conceitos econômicos que irão propiciar a análise econômica empreendida no terceiro e último tópico, cujo ponto central da análise consiste em saber se o instituto jurídico em questão está sendo aplicado de maneira eficiente e se cumpriu – ou está cumprindo – com os objetivos econômicos justificadores de sua opinião, no que tange, por exemplo, a taxa de inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário garantidos pela alienação fiduciária em comparação com os contratos de financiamento garantidos pela hipoteca.

1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

1.1 PROBLEMA DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO BRASIL

O instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi instituído no Brasil com o advento da Lei Federal de nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, juntamente com a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, com vistas a dotar de maior garantia os financiamentos imobiliários concedidos. Muito embora, vale salientar, já fosse previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a Lei Federal de nº. 4.728, de 14 de julho de 1965, a alienação fiduciária sobre bens móveis.

O contexto de elaboração da Lei Federal de nº. 9.514/1997 era o de

necessidade de captação de novos recursos para viabilizar a consecução de empreendimentos imobiliários, porquanto constatou-se um decréscimo dos financiamentos firmados no âmbito do tradicional Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Restiffe Neto (2009, p. 20) identifica “a ineficiência do tradicional sistema jurisdicional de recuperação dos créditos e de retomada dos imóveis, por fragilidade da garantia hipotecária” como uma das causas do exaurimento dos recursos disponíveis, além da “elevada inadimplência, por decréscimo da renda pessoal do adquirente mutuário ativo ou aposentado, em contraste com a disparada inflacionária e a conseqüente elevação do valor gravoso de atualização das prestações, sobretudo do saldo devedor”. Viu-se, nessa época, o ajuizamento de incontáveis demandas questionando a validade das cláusulas contratuais, a validade do procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-Lei de nº. 70, de 21 de novembro de 1966, a aplicação de sistema de amortização, dentre outros questionamentos.

Tal situação ocasionou uma alta insegurança jurídica, porquanto as instituições participantes do SFH não tinham como prevê o resultado final das demandas e, por conseqüência, dos custos reais de determinado financiamento concedido. Pode-se citar, por exemplo, a súmula 308 do STJ que, segundo esse entendimento, a “hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”, muito embora a concessão de tal garantia real tivesse sido condição essencial para a concessão do financiamento imobiliário e, por isso, para a realização das promessas de compra e venda.

Com o intento de criar um mecanismo de captação junto ao mercado de capitais, o referido diploma legal instituiu o SFI e os institutos jurídicos necessários para viabilizar a destinação dos recursos via mercado primário e secundário de capitais. Nesse diapasão, Alvim Neto (apud ABECIP, 1999, p. 11) já afirmava, pouco tempo após a promulgação da legislação, que o “SFI objetiva carrear continuamente recursos imensos para o mercado imobiliários”.

É nesse cenário que a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis é instituída na legislação brasileira, tendo por objetivo propiciar o desenvolvimento do mercado imobiliário de forma a garantir a produção de créditos homogêneos e de fácil circulação, dotando de mais segurança e agilidade a execução da garantia concedida no âmbito do financiamento imobiliário. Chalhub (2006, p. 203), comentando o assunto, afirma visar a “lei, assim, que o mercado ajuste suas linhas de operação, de forma a viabilizar a constituição de créditos homogêneos, sem obstáculos no mercado”, tal escopo

se evidencia na possibilidade de qualquer pessoa contratar esse instrumento:

Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários. (CHALHUB, 2006, p. 202-203).

A importância da generalização explicitada pelo autor decorre do fato de muitas operações no mercado imobiliário serem firmadas entre o construtor e o comprador. Nesses casos, com a possibilidade de contratação da alienação fiduciária em garantia, o crédito já poderá ser constituído – e garantido – de acordo com as regras do mercado secundário, possibilitando, assim, a cessão por parte do construtor do crédito garantido para, por exemplo, uma companhia securitizadora, podendo esta emitir os Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI's, correspondentes. Vale frisar que os financiamentos hoje concedidos no âmbito do SFH, com recursos do Sistema Brasileiro de Poupanças e Empréstimos – SBPE, e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços – FGTS, são garantido, em sua grande maioria, pelo instrumento da alienação fiduciária em garantia².

Convém, então, analisar o instituto da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis, tendo, para tanto, como ponto de partida a delimitação de suas características, de seus procedimentos e a sua diferenciação para a garantia real sobre bem alheio denominada de hipoteca.

A alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nos termos do art. 22 da Lei Federal de nº. 9.514/1997, “é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Percebe-se que o domínio do imóvel será transferido sob condição resolutiva ao credor, com o objetivo único de garantir a operação imobiliária firmada. Decorrendo daí a primeira característica desse instituto, o credor garantido passa a ser proprietário do bem, não sendo, portanto, um caso clássico de garantia real sobre imóvel alheio. Por outro lado, o devedor tem o direito de reaver o imóvel quando do pagamento

² Em 2009, 87% dos financiamentos imobiliários concedidos pela Caixa Econômica Federal já eram garantidos pela Alienação Fiduciária em Garantia. Fonte: SIACI/CEF

integral, sendo, então, proprietário sob condição suspensiva.

Nesse contexto, Restiffe Neto (2009, p. 68) salienta que “a fidúcia como garantia dominial oferece dúplici proteção legal na esfera dos interesses jurídicos de cada parte contratante”. Essa dupla garantia, tanto para o credor como para o devedor, é de extrema relevância para os objetivos econômicos e sociais pretendidos pelo legislador com a instituição do referido meio de garantia. Percebe-se que a proteção aos contratantes é estabelecida na legislação de maneira equilibrada, se por um lado “ao proprietário fiduciário, que se investe sob condição resolutiva da titularidade propiciadora de segurança para receber o crédito garantido, na eventualidade de inadimplemento”, por outro garante-se ao devedor fiduciante em dia com pagamento das parcelas da amortização do financiamento a “fruição útil atual e a novidade legal de garantia real de retransferência ou reversão futura, portanto, sob condição suspensiva, da propriedade resolvida” (RESTIFFE NETO, 2009, p. 68). Tal equilíbrio, por certo, objetiva o desenvolvimento do mercado de crédito imobiliário, resguardando direitos tantos dos financiadores como dos financiados.

Alvim Neto (apud ABECIP, 1999, p. 8) em parecer elaborado para a Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança constatou, em função do sistema de garantia e execução criados, que a alienação fiduciária de imóveis se constitui “poderosíssima alavanca para o desenvolvimento de nossa sociedade, através de alterações profundas a serem provocadas em nossa economia, viabilizando que se incremente a produção de imóveis”. É, justamente, com base nessa função e desiderato da alienação fiduciária que se deve averiguar e analisar as suas demais características.

Importa, então, perceber e analisar qual a condição resolutiva da propriedade fiduciária e sob quais condições ela se concretiza, bem como quais são os procedimentos necessários para a execução da garantia fiduciária concedida. A primeira constatação que se pode fazer reside no fato da condição resolutiva da propriedade fiduciária ser a restituição integral do financiamento concedido acrescido dos juros e encargos contratados. Não poderia ser diferente, haja vista a alienação fiduciária de bens imóveis ser instrumento acessório garantidor de um contrato principal, qual seja um contrato de financiamento (RESTIFFE NETO, 2009, p. 72).

O art. 25 da Lei Federal de nº. 9.514/1997 determina que “com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel”. A resolução prevista é de pleno direito, não podendo o Fiduciário se escusar de fornecer a quitação devida e, com isso,

possibilitar a reversão da propriedade fiduciária. Melhim Namem Chalhub frisa o fato de o pagamento ser:

o evento caracterizador do implemento da condição, criando automaticamente para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante e viabilizando para este a recuperação da plena propriedade do imóvel. (CHALHUB, 2006, p. 214).

A própria legislação, vale salientar, impõe multa pecuniária de meio por cento ao mês do valor do contrato ao Fiduciário que se recusar, indevidamente, a entregar, no prazo de 30 dias a contar da liquidação da dívida, o correspondente termo de quitação. É certo, no entanto, que a condição resolutiva se perfaz no momento do pagamento, sendo o termo de quitação documento hábil a justificar a averbação no registro de imóveis competente, podendo o fiduciante, caso o fiduciário não cumpra tal obrigação por vontade própria, requerer em juízo a respectiva obrigação de fazer.

Sendo o pagamento a condição resolutiva capaz de reverter a propriedade fiduciária em favor do devedor fiduciante, o inadimplemento será, portanto, a condição capaz de consolidar a propriedade plena em favor do fiduciário. Contudo, tal consolidação terá como objetivo básico a venda do referido imóvel em condições de mercado, por meio da realização de públicos leilões, seguindo o procedimento previsto na Lei Federal de nº. 9.514/1997.

Para consolidação da propriedade, em função do inadimplemento, em nome do fiduciário tem-se que seguir os procedimentos previstos no art. 26 e seguintes do já citado diploma legal. Ademais, o contrato de alienação fiduciária deve prever um prazo de carência após o qual o fiduciário deverá intimar pessoalmente, por meio do Registro de Imóveis competente, o fiduciante para que este satisfaça as prestações vencidas e as que vencerem no prazo da notificação e demais acréscimos autorizados legalmente, no prazo de quinze dias. Decorrido o prazo de quinze dias sem que ocorra o pagamento devido, o Oficial de Registro de Imóveis competente deve averbar, com a comprovação do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter-Vivos – ITBI, a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, conforme determina o §7º do art. 26 da Lei Federal de nº. 9.514/1997.

Após a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, a lei determina que seja realizado, no prazo de trinta dias a contar da data do registro da consolidação, o primeiro público leilão para venda do referido imóvel.

Percebe-se que a intenção legislativa é a de promover a venda do imóvel, não sendo permitido que o fiduciário, muito embora a propriedade tenha sido consolidada em seu nome, avoque para si a propriedade plena, com todos os direitos a ela inerentes, do em imóvel, porquanto a contratação da alienação fiduciária teve como objetivo a garantia de um contrato de financiamento e não a transferência do imóvel, em si.

No primeiro público leilão, não serão aceitas lances inferiores ao valor do imóvel estabelecido no contrato de alienação fiduciária, conforme determina o art. 24, IV, da Lei Federal de nº. 9.514/1997. Essa impossibilidade se dá porque as partes, fiduciário e fiduciante, devem no momento da celebração do contrato de alienação fiduciária estabelecer o valor do imóvel e seu mecanismo de atualização para venda no primeiro público leilão. Essa determinação é relevante porque visa estabelecer uma solução de mercado para a inadimplência do fiduciante, tendo em vista que o imóvel, pelo menos em tese, seria vendido pelo preço estabelecido no contrato de alienação fiduciária, o que garantiria ao fiduciante o recebimento dos valores que superassem a dívida existente.

Contudo, nem sempre é possível a venda o imóvel pelo preço determinado em contrato, por isso a legislação prevê que “se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes” (BRASIL, 1997, p. 9). No segundo leilão, o imóvel será vendido pelo maior lance ofertado, desde que não inferior ao valor da dívida com os acréscimos permitidos em Lei. Em caso de venda do imóvel no público leilão por valor superior ao da dívida, o fiduciário deve, no prazo de cinco dias após a venda no leilão, entregar ao devedor à quantia que sobejar, fato esse que importará em recíproca quitação.

Por outro lado, inexistindo lance superior ao valor do débito e dos acréscimos legais, “considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação” (BRASIL, 1997) de entregar de qualquer valor. Na prática, essa situação importa na assunção do risco e do prejuízo pelo credor, porquanto o preço (mecanismo de troca de informações no mercado) do imóvel não supera o valor da dívida existente, contudo o credor não poderá cobrar do devedor a diferença, como ocorre na alienação fiduciária de bens móveis, sendo, na realidade, obrigado a dá quitação do financiamento. Melhim Namem Chalhoub, em parecer requisitado pela Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, justifica esse tratamento diferenciado, de assunção do risco de preço e do prejuízo pelo credor, “como uma compensação pela maior

eficácia da realização da garantia na alienação fiduciária de bens imóveis, notadamente pela celeridade do processo” Chalhub (apud ABECIP, 1999, p. 54).

Vale, ainda, salientar que todo o procedimento acima explicitado é extrajudicial, circunstância essa que enseja questionamentos quanto a sua validade perante o Poder Judiciário. Contudo, Negrato (2010, p. 87) constata que a jurisprudência majoritária se consolidou no sentido de entender por válido e constitucional o procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei Federal de nº. 9.514/1997, garantindo segurança jurídica à utilização do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis e, por consequência, do seu procedimento célere de execução extrajudicial.

Outra importante característica da alienação fiduciária de bens imóveis consubstancia-se na criação de um patrimônio de afetação não sujeito às execuções concursais promovidas em face seja do credor ou em face do devedor (CHALHUB, 2006, p. 299). Tal patrimônio separado decorre do mecanismo de dupla garantia instituído pela alienação fiduciária, porquanto o bem imóvel dado em alienação fiduciária tem como único objetivo garantir o crédito concedido, sendo transferida ao credor fiduciário sob condição resolutiva a propriedade do bem. No entanto, ao devedor fiduciante é resguardado a propriedade sob condição suspensiva, existindo verdadeiro direito real de reaver, com a quitação do financiamento, a condição de proprietário pleno do imóvel.

A característica do desdobramento da posse do imóvel também decorre da transferência da propriedade fiduciária. Ao devedor fiduciante é assegurada à posse direta do bem dado em garantia, usufruindo por sua conta e risco o imóvel em questão. Diz que a posse se dá por sua conta e risco por serem de responsabilidade do devedor fiduciante, possuidor direto, o pagamento de todos os tributos, encargos e despesas incidentes sobre o imóvel, como, por exemplo, o Imposto sobre Propriedade Predial Territorial Urbana – IPTU, e despesas condominiais, se existentes.

De igual forma, em função do desmembramento da posse operada pela contratação e registro da alienação fiduciária em garantia, aos dois possuidores, direto e indireto, são autorizados a adoção de atos de conservação e defesa do bem dado em garantia. Nesse diapasão, Restiffe Neto salienta:

Assim, como é pela natureza das coisas que um direito eventual condicionado (pendente), merece tutela conservativa, a lei especial, ao outorgar a respectiva permissão de exercício

de atos de conservação (de defesa, principalmente) ao titular atual do direito eventual futuro de propriedade sob condição suspensiva (fiduciante), não a negou ao titular do direito atual de propriedade, pendente sob condição resolutiva (fiduciário). (RESTIFFE NETO, 2009, p. 104).

Percebe-se que tanto ao fiduciário como ao fiduciante é permitida – até incentivada – a adoção de medidas de proteção e resguardo do imóvel objeto do pacto de alienação fiduciária. Tal possibilidade decorre da existência de verdadeiro de direito de propriedade sob condição resolutiva para fiduciário e direito de propriedade sob condição suspensiva para o fiduciante. Dito isso, importa, nesse ponto, verificar quais são os limites da propriedade fiduciária imóvel, distinguindo-a do direito à propriedade em sua plenitude.

O limite básico existente refere-se à impossibilidade de livre uso do imóvel quando da consolidação da propriedade em favor do fiduciário. O procedimento previsto na Lei Federal de nº. 9.514/1997 determina a realização de público leilão, com vistas a possibilitar a venda a preço de mercado do imóvel. Essa determinação tem como justificativa o fato da operação principal ser um contrato de mútuo e, como tal, estabelecer a obrigação do devedor restituir o capital disponibilizado acrescido dos juros devidos, determinando, por outro lado, que ao credor somente cabe o recebimento do recurso inicialmente disponibilizado e dos juros respectivos. Justamente por isso a legislação estabelece um procedimento de valoração do imóvel pelo mercado, possibilitando, caso o preço dado pelo mercado seja superior à dívida, a entrega da diferença ao fiduciante, vedando, portanto, que o fiduciário haja de maneira distinta ao escopo da contratação da alienação fiduciária, qual seja o de garantir o contrato de financiamento principal. A alienação fiduciária é instrumento acessório com escopo único de garantia.

Sendo um direito real com escopo de garantia, vale, então, distingui-la da garantia real tradicional da hipoteca. A primeira e grande distinção consiste no fato da hipoteca ser um direito real sobre bem imóvel alheio, enquanto a alienação fiduciária é um direito real sobre imóvel próprio. Decorrem dessa distinção básica relevantes consequências, sendo a principal delas o fato do bem alienado fiduciariamente não se submeter ao regime concursal instaurado em face do devedor, enquanto na hipoteca o bem imóvel é efetivamente arrecadado e o crédito correspondente deve, somente, ser inscrito no Quadro Geral de Credores na categoria de crédito com garantia real. (CHALHUB, 2006, p.

198). Assim, sendo, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis é mais eficiente no que tange a resguardar o bem dado em garantia, assegurando uma maior eficácia na execução do crédito garantido.

Por outro lado, nos créditos garantidos por meio da alienação fiduciária, o risco do preço do imóvel é do credor, tendo em vista que, nos casos em que não forem apresentadas ofertas no valor da dívida para a compra do imóvel, o devedor será exonerado do débito, devendo o credor dar-lhe quitação. Tal obrigação inexistente nos créditos garantidos por hipotecas, podendo o credor cobrar do devedor o saldo remanescente da dívida ou, ainda, concorrer com os credores quirografários no valor que ultrapassar o preço do bem gravado com a cláusula hipotecária (NEGRATO, 2010, p. 76).

Além do acima exposto, tem-se que a própria instituição da alienação fiduciária teve como um dos desideratos substituir a hipoteca como mecanismo de garantia básico dos financiamentos imobiliários, seja no âmbito do SFI ou do SFH. Tanto assim o é que o Conselho Monetário Nacional – CMN, por meio da Resolução de nº. 2.480, de 26 de março de 1998, pouco tempo depois da promulgação da Lei Federal de nº. 9.514/1997, autorizou a contratação da alienação fiduciária em garantia nos financiamentos firmados no âmbito do SFH, antes restritos à hipoteca.

2 CONCEITOS ECONÔMICOS

A promulgação da Lei Federal de nº. 9.514/1997 e, por consequência, a criação da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis no Brasil teve os seguintes intentos econômicos: o de propiciar a destinação de recursos ao mercado imobiliário, o de garantir segurança jurídica ao processo de execução da garantia concedida e, por via disso, a diminuição da inadimplência, o de estabelecer procedimentos de mercado capazes de impulsionar a concessão de financiamentos imobiliários no Brasil, superando a crise vivenciada no âmbito do SFH.

Luciano Benetti Timm e Tatiana Druck (2007, p. 10) salientaram que a “alienação fiduciária constitui-se, portanto, em um estímulo à celebração de negócios, ficando os agentes econômicos mais seguros contra inadimplimentos”. Contudo, nesse mesmo artigo, os citados autores identificaram situações que poderiam impossibilitar que a alienação fiduciária alcançasse o seu resultado esperado. Nesse contexto, o questionamento que se pode propor e analisar pelo método do direito e economia é o seguinte: será que o instituto jurídico

da alienação fiduciária alcançou o seu objetivo econômico de propiciar uma diminuição na inadimplência dos financiamentos imobiliários?

Para tentar responder ao questionamento acima, faz-se necessária elencar e definir alguns conceitos nitidamente econômicos, bem como comparar os dados econômicos e a bibliografia existente. Primeiramente, é importante conceituar o que se entende por mercado, por preço e por custos de transação, incluindo nesse último a questão da segurança jurídica. Tais definições são importantes para analisar, sob o enfoque do direito e economia, o instituto da alienação fiduciária.

Sob uma perspectiva da escola austríaca, o mercado, “não é um lugar”, sendo antes “um processo, é a forma pela qual, ao vender e comprar, ao produzir e consumir, as pessoas estão contribuindo para o funcionamento global da sociedade. (MISES, 2009, p. 27). A contribuição para o funcionamento global da sociedade se dá por meio da transmissão de informações que propiciará a produção e circulação de riquezas, tendo em vista que as informações, para o autor, não estão dadas para todos os homens, estando, antes, dispersas na mente de cada um e só sendo transmitida no mercado, por meio do preço.

Essa forma de entender o mercado decorre da primazia que os austríacos dão a ação humana, sendo essa ação a conduta deliberada de empreender em proveito próprio, afirmando que “os bens, as mercadorias, as riquezas e todas as demais noções de conduta não são elementos da natureza, mas sim elementos da mente e da conduta humana” (MISES, 2009, p. 111). Destaca-se a função empresarial da ação humana como o cerne do desenvolvimento econômico e do conceito de sociedade, haja vista serem os empresários, com suas atuações subjetivas, que produzem e circulam as riquezas. Frise-se que o lucro empresarial surge quando o “empresário descobre uma oportunidade de ganho que até aí tinha passado despercebido e atua em conformidade para tirar partido da mesma” (DE SOTO, 2010, p. 19), sendo o risco um custo do processo de produção empresarial.

Esse conceito de mercado se encaixa ao presente trabalho porque a instituição da alienação fiduciária em garantia visava a ampliação do mercado imobiliário por meio da criação de mecanismos de negociação de títulos e da transmissão de informações aos agentes econômicos. Pode-se citar o seguinte exemplo: o banco A concede ao homem B o financiamento imobiliário com pacto adjeto de alienação fiduciária; essa destinação de recursos transmite ao construtor C a informação de que existem recursos aptos a viabilizarem a venda de unidades habitacionais construídas; por sua vez, a venda de unidades

habitacionais transmite ao Banco A a informação da existência de unidades disponíveis, e assim sucessivamente, com a construção de novas unidades habitacionais e a concessão de novos financiamentos. Ademais, vale frisar que o próprio procedimento de leilão público previsto na Lei Federal de nº. 9.514/1997 transmite aos demais agentes econômicos a informação da execução extrajudicial da garantia e, com isso, a informação da segurança jurídica propiciada pelo instituto, possibilitando, em tese, a diminuição dos juros do financiamento concedido, fato esse que possibilitaria a concessão de novos financiamentos.

Sendo o conceito de mercado o acima exposto, tem-se que o preço é o meio de troca das informações no mercado. É por meio do preço que é possível a realização de cálculos econômicos por parte dos empresários e, com isso, a produção e circulação das riquezas. Nesse sentido Mises (2009, p. 40) afirma:

[...] os cálculos do homem de negócios se baseiam todos no fato de que, na economia de mercado, os preços em dinheiro dos bens não só informam o consumidor, como fornecem ao negociante informações de importância vital sobre os fatores de produção, porquanto o mercado tem por função primordial determinar não só o custo da última parte do processo de produção, mas também dos passos intermediários.

No preço, portanto, estarão consubstanciadas todas as informações vitais de determinado processo produtivo, justificando, ou não, a decisão de empreender e dispendir recursos em determinado segmento de mercado. Essa definição se adequa ao presente trabalho, porquanto o preço dos financiamentos imobiliários é representado pela taxa de juros contratada. Então, a diminuição da taxa de juros representa a informação que o custo para a concessão do financiamento imobiliário também decresceu, o que poderia, em tese, ser decorrência da alienação fiduciária em garantia.

Importa, agora, delimitar o conceito de custos de transação e a sua relação com a insegurança jurídica. Pinheiro e Saddi (2005, p. 61) comparam os custos de transação com a força do atrito estudada na física, sendo aqueles os custos incidentes e necessários para iniciar uma transação econômica, assim como o atrito é a força necessária para iniciar o movimento de um determinado corpo inerte. A definição e a importância dos custos de transação foram delimitadas por Ronald Coase nos trabalhos intitulados: *The Nature of*

the Firm e The Problem of Social Cost.

Zybertztajn e Sztajn (2005, p. 1) definem o Teorema de Coase da seguinte forma: “em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente”. Contudo, tal situação inexistente na prática, pois, conforme afirma o próprio Coase (1960, p. 15), os custos de transação sempre serão positivos, tendo em vista que se referem aos custos para propiciar a negociação dos direitos, notadamente o direito de propriedade, sendo compreendidos os custos de cinco atividades:

Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias, sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados. (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 62).

Os custos de transação são positivos, haja vista serem os custos necessários para propiciar a atuação do agente econômico em determinado mercado, como, por exemplo, o custo para a obtenção e estruturação do modelo

jurídico mais adequado a determinado intento. Por isso, a segurança jurídica impacta justamente essa categoria de custos, tendo em vista que mudanças de entendimentos jurisprudencial e/ou a interpretação equivocada de determinado preceito legal aumentará os custos de transação envolvidos para iniciar o negócio jurídico e/ou cobrar o seu adimplemento pela outra parte.

O conceito de custo de transação se encaixa na análise empreendida neste trabalho justamente no que tange à segurança jurídica do mercado de crédito imobiliário envolvendo o procedimento de execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia. É certo que a existência de variados entendimentos jurisprudenciais e/ou a adoção de medidas judiciais de caráter simplesmente assistencial ao mutuário implica no aumento dos custos de transação envolvidos na concessão do financiamento imobiliário.

O custo de transação é, por sua natureza, externo, entretanto, em alguns casos, é possível a sua internalização ocasionando o aumento do preço. Nos casos em que a internalização é inviável e o custo de transação é demasiado elevado, tem-se o abandono pelos agentes de determinada atividade econômica. Pode se dizer, com as devidas adequações, que a crise por qual passou o SFH teve como uma das causas o aumento da insegurança jurídica provocada pela judicialização das relações contratuais e a falta de uniformidade das decisões exaradas.

Ademais, convém explicitar, ainda, os conceitos de seleção adversa e risco moral, bem como os impactos na análise econômica do instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis no ordenamento jurídico brasileiro. Ambos os conceitos estão ligados à questão da assimetria das informações detidas pelos agentes econômicos na elaboração e no cumprimento dos contratos.

A “seleção adversa é um problema de assimetria de informações que ocorre antes de efetuada a transação” (NUNES; CALCAVANTE; RIBEIRO, 2008, p. 5) e os agentes que, provavelmente, produzirão resultado indesejado serão selecionados para formação do contrato. No âmbito do mercado de crédito, como é o caso do Sistema Financeiro da Habitação, a seleção adversa é problemática no sentido que os “tomadores de empréstimos que carregam o maior risco” de inadimplência “são mais propensos a tomar empréstimos e a pagar taxa de juros mais altas” (NUNES; CALCAVANTE; RIBEIRO, 2008, p. 6), ocorrendo o aumento da inadimplência os valores cobrados para concessão de empréstimos – juros – tendem a aumentar, em um ciclo. É possível até que os emprestadores decidam diminuir a concessão de novos financiamentos, em

função da elevada inadimplência ocasionada pela assimetria de informações para identificar o correto risco da operação realizada.

Por outro lado, o risco moral é um problema derivado da assimetria de informações que se dá no “momento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo” da outra parte na transação existente (SZTAJN; ZYLBERSTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 123). No que tange aos sistemas financeiros de concessão de crédito, “o risco moral ocorre porque o tomador tem incentivos para alocar os recursos do empréstimo em benefício pessoal ou empreender em projetos sem retorno” (NUNES; CALCAVANTE; RIBEIRO, 2008, não paginado). Nesse contexto, Sztajn, Zylberstajn e Azevedo (2005, p. 124) frisam a relevância do risco moral para o desenho e vinculação dos contratos:

Problemas de risco moral são especialmente relevantes para o desenho de contratos. Para que os deveres acordados no contrato, assim como a transferência dos direitos de propriedade, resultem efetivamente em mudança de comportamento, é necessário que haja informações confiáveis sobre esse comportamento.

Então, há risco moral quando uma parte, detendo informação privilegiada, atua em prejuízo da contraparte por meio de comportamentos que não deveriam ser permitidos e/ou incentivados pela transação existente. Pode-se citar o caso do Sistema Financeiro da Habitação, no qual muitos mutuários simplesmente deixaram de pagar as parcelas das prestações devidas:

Era comum o abandono puro e simples das moradias ou a suspensão do pagamento das prestações à espera do despejo judicial. Como esses fatos ocorreram em larga escala, muitas famílias chegaram a mora alguns anos “de graça” (...) Essa situação, via de regra, acarretava em uma rápida depreciação das moradias, seja por abandono, ocupação legal ou desleixo do mutuário inadimplente, que passava a não se considerar proprietário do imóvel. (AZEVEDO; ANDRADE, 2011, p. 21).

Percebe-se que os mutuários se valendo das deficiências dos instrumentos

jurídicos do SFH e da percepção da demora das ações judiciais agiram exatamente da maneira oposta ao previsto no contrato, deixando de efetuar o pagamento das prestações e contribuindo para a deterioração dos bens imóveis dados em garantia, por meio de hipoteca, concretizando-se o risco moral no referido mercado imobiliário.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

A análise econômica do direito é método de análise da legislação tendo em consideração as consequências econômicas advindas do ordenamento. Em suma, a legislação deve ser entendida como um padrão de conduta que incentiva ou não a adoção de determinada conduta. O desenho institucional deve incentivar condutas economicamente eficientes com o desiderato de diminuir os custos de transação e maximizar a produção e circulação de riquezas (ZYLBERTSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 81).

No contexto do presente trabalho, o próprio instituto jurídico analisado foi criado com o desiderato econômico de promover a segurança na execução da garantia concedida, propiciando, assim, a diminuição da inadimplência e do preço (juros), bem como, por outro lado, incentivando a concessão de novos financiamentos. É importante, então, analisar e verificar se há dados econômicos que corroborem com a eficiência desse instituto jurídico.

Anteriormente a promulgação da Lei Federal de nº. 9.514/1997, a garantia imobiliária tradicional firmada para garantir os financiamentos concedidos era a garantia hipotecária que, por diversas razões, não se mostrava eficiente em seu intento de garantir o crédito concedido, “pois apresentavam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las” (CHALHUB, apud ABECIP, 1999, p. 45).

Com instituição da alienação fiduciária em garantia, houve a preocupação de tal instituto padecer dos mesmos entraves e questionamentos direcionados às garantias hipotecárias, notadamente no que tange ao procedimento de execução extrajudicial do bem dado em garantia. Luciano Benetti Timm e Tatiana Druck (2007, p. 16) elencam como possíveis bloqueios ao pleno desenvolvimento do referido instituto jurídico a ausência de análise dos impactos econômicos das decisões judiciais e a tendência de politicização do Poder Judiciário.

Em suma, os entraves apontados resumem-se em um só, na insegurança jurídica das decisões judiciais prolatadas, porquanto, segundo os autores, os

juízes tendem a não considerar que as decisões judiciais têm repercussões econômicas coletivas, notadamente quando se fala de um sistema financeiro que a entrada de novos recursos não pode ser superior a saída, sob pena de se exaurir a possibilidade de novos financiamentos. Além disso, o Poder Judiciário tenderia, como o fez nas garantia hipotecaria, a proteger os mutuários em nome de uma justiça social ou distributiva. Os autores salientam que “enxerga-se, na maioria das vezes, apenas o problema social de acesso à moradia de um lado do processo, e o banco, instituição maximizadora de lucros, de outro” (TIMM; BRUCK, 2007, p. 25), sem que os magistrados percebam que o custo aumentaria em função de tais decisões ditas sociais.

Os autores citam algumas decisões judiciais, envolvendo a alienação fiduciária em garantia, que demonstram a postura paternalista do Poder Judiciário em detrimento das disposições claras e precisas constantes na Lei Federal de nº. 9.514/1997, bem como indo de encontro do objetivo pretendido com a promulgação da referida legislação. Os já citados autores salientam que a alienação fiduciária

[...] daria segurança às operações de financiamento habitacional, dinamizando o mercado desse setor. Contudo, o enfraquecimento do contrato de mútuo causado por precedentes judiciais acaba por enfraquecer a sua garantia, que lhe é acessória. Dificultando o acesso da instituição financeira à recuperação da posse do bem alienado (seja negando liminares de reintegração de posse, seja revisando cláusulas contratuais e garantido o devedor na posse do bem durante a discussão do processo), acaba-se criando um desincentivo para a propagação da alienação fiduciária em garantia no mercado imobiliário. (TIMM; BRUCK, 2007, p. 25).

As preocupações exaradas por Luciano Benetti Tim e Tatiana Bruck, em 2007, são extremamente relevantes, pois demonstrariam que a alienação fiduciária não estaria sendo aplicada eficientemente e, por conta disso, o seu objetivo econômico não teria sido – ou não estaria sendo – atendido. Entrementes, há, atualmente, dados que demonstram que a aplicação da alienação fiduciária em garantia propiciou um aumento da segurança jurídica e, por consequência, uma redução na taxa de inadimplência e o desenvolvimento do mercado (processo social) imobiliário.

O anuário Uqbar de Finanças Estruturadas de 2014, referente às

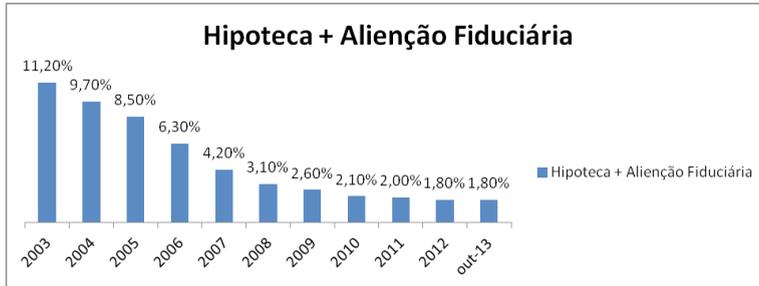
operações financeiras estruturadas realizadas em 2013, deixa claro que a alienação fiduciária em garantia causa efeitos positivos para o desenvolvimento do mercado imobiliário, justamente por propiciar uma diminuição na inadimplência e ser uma garantia efetiva:

Vale também destacar outros fatores de relevância que contribuíram para maior oferta de crédito imobiliário em 2013, como o crescimento robusto do saldo consolidado de depósitos na caderneta de poupança –os quais devem ser direcionados para o setor– e a manutenção de baixas taxas de inadimplência dos tomadores de recursos das instituições financeiras. Neste segundo aspecto é importante frisar o efeito positivo paulatino que a alienação fiduciária, como instrumento de garantia efetivo e de uso corrente, vem gerando para o desenvolvimento do mercado de crédito imobiliário. (UQBAR, 2014, p. 63).

A lógica constatada acima é a da eficiência econômica na transmissão da informação adequada aos agentes econômicos, incentivando que esses ajam de maneira eficiente economicamente em sua atuação no processo social denominado mercado. Além disso, a formação do preço, mecanismo que representa as informações do processo produtivo, é influenciada pela eficiência do instituto, porquanto a baixa inadimplência e o desenvolvimento do mercado imobiliário estarão representados no preço do financiamento imobiliário, gerando assim um ciclo de transmissão de informações e preferências no mercado.

Além da constatação da Uqbar, os dados da Associação Brasileira de Crédito Imobiliário demonstram que a taxa de inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário está diminuído ao mesmo tempo em que tais financiamentos estão passando a adotar a alienação fiduciária como mecanismo de garantia. Vale, no entanto, frisar que os dados não possibilitam a constatação de uma causa e efeito direta, entretanto não se pode negar a influência dos procedimentos céleres e claros da alienação fiduciária na diminuição da inadimplência. Elaborou-se o gráfico abaixo com relação a diminuição da inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário:

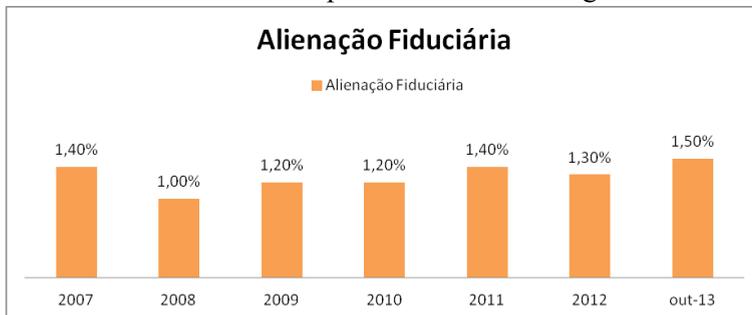
Gráfico 1 - Relação da inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário



Fonte: ABECIP – Disponível em http://www.abecip.org.br/imagens/apre_octavio_fiabci.pdf

Percebe-se, pelo gráfico acima, que a inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário está em ritmo decrescente desde 2003. A questão envolvendo a alienação fiduciária fica mais clara quando se analisa somente a taxa de inadimplência dos contratos garantidos por esse instituto jurídico, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2 - Taxa de inadimplência dos contratos garantidos



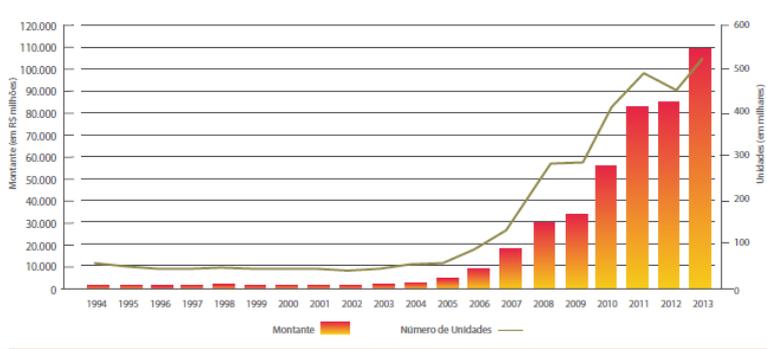
Fonte: ABECIP – Disponível em http://www.abecip.org.br/imagens/apre_octavio_fiabci.pdf

Na comparação entre os dois gráficos tem-se que levar em conta que a maior parte dos contratos de financiamento imobiliários estão atualmente garantidos pelo instituto em análise. Basta rememorar que em 2009 o equivalente a 87% (oitenta e sete por cento) dos financiamentos imobiliários concedidos

da Caixa Econômica Federal eram garantidos pela alienação fiduciária em garantia (RESENDE, 2009). Com essa consideração, percebe-se que a taxa de inadimplência dos contratos garantidos pela alienação fiduciária é, proporcionalmente, mais baixa se comparadas com os garantidos por outros meios.

Além da queda na taxa de inadimplência dos contratos de financiamento imobiliário, o próprio mercado imobiliário se desenvolveu nos últimos anos, com o acréscimo de recursos destinados e de imóveis financiados, seja pelo tradicional SFH, com recursos do FGTS e de parcela dos recursos do SBPE, ou pelo SFI, por meio de operações de securitização ou emissão de quotas de Fundos de investimentos. Vale, então, analisar o gráfico abaixo que demonstra a evolução dos financiamentos imobiliários concedidos com recursos do SBPE:

Gráfico 3 - Evolução dos financiamentos imobiliários concedidos pelo SBPE



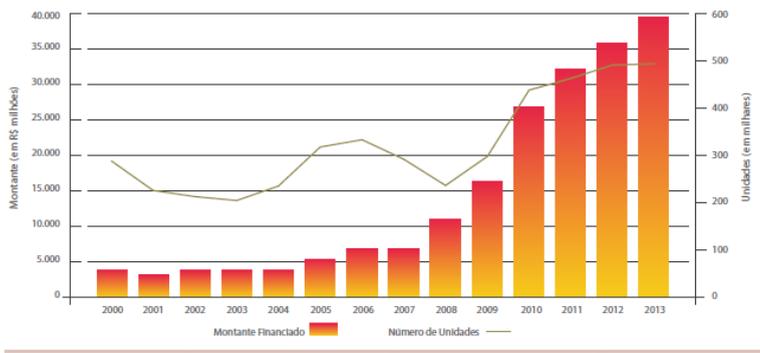
Fonte: Uqbar – Disponível em

<http://www.uqbar.com.br/download/UqbarAnuarioImobiliario2014.pdf>.

Percebe-se que houve uma evolução na concessão de financiamentos imobiliários tendo por base os recursos captados pelo SBPE, justamente nos anos posteriores a promulgação da Lei Federal de nº. 9.514/1997 e sua alteração promovida pela Lei Federal de nº. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Vale frisar, no entanto, que houve diversos outros fatores que ocasionaram o crescimento acima demonstrado, tal como o aumento da captação da caderneta de poupança, a estabilização inflacionária, dentre outros. De igual forma, houve sensível

aumento dos financiamentos imobiliários concedidos com recursos do FGTS, no âmbito do SFH:

Gráfico 4 - Financiamentos imobiliários concedidos com recursos do FGTS



Fonte: Uqbar – Disponível em <http://www.uqbar.com.br/download/UqbarAnuarioImobiliario2014.pdf>.

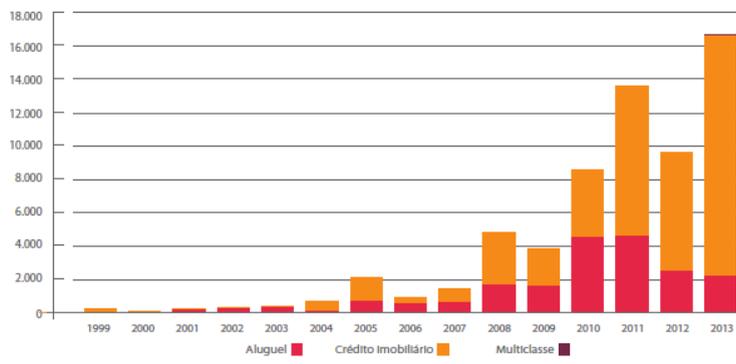
Houve um aumento na destinação de recursos e, por consequência, na concessão de financiamentos imobiliários por meio do procedimento tradicional de intermediação financeira, seja por meio de recursos captados junto ao SBPE ou captados junto ao FGTS. Resta evidenciado que houve o desenvolvimento do mercado imobiliário nos últimos anos, até com uma grande quantidade de recursos e financiamentos concedidos no âmbito do SFH.

Por outro lado, uma das intenções da Lei Federal de nº. 9.514/1997 era a de propiciar a realização de contratos homogêneos e desenvolver o investimento imobiliário via mercado de capitais. Há, nesse sentido, também dados que demonstram o crescimento do investimento imobiliário via mercado de capitais, por meio de operações de securitização. O gráfico abaixo demonstra a evolução das operações de securitização, especificadamente via emissão de Certificado de Recebível Imobiliário criado no citado diploma legal:

Gráfico 5 - Evolução das operações de securitização

Histórico do Montante de Emissões de CRI por Ativo-lastro (em R\$ milhões)

Fonte: Uqbar



Fonte: Uqbar Disponível em: <<http://www.uqbar.com.br/download/UqbarAnuarioFE2014.pdf>>

A destinação de recursos via emissão e negociação de Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI's, evoluiu sensivelmente desde a sua criação no ordenamento jurídico pátrio. Vale, nesse ponto, salientar que a maior parte dos cedentes dos créditos imobiliários lastro dos CRI's são provenientes de atividades imobiliárias, presumindo, portanto, que os recursos captados no mercado de capital são direcionados aos empreendedores imobiliários, muito embora o segmento de intermediação financeira seja o segundo no ranking dos cedentes dos certificados emitidos.

Constata-se que houve o crescimento da destinação de recursos via mercado de capitais, contudo será que houve a criação e o fortalecimento de um mercado secundário de negociação dos CRI's emitidos e garantidos pela alienação fiduciária? A resposta é não, praticamente inexistindo negociação realizada após 180 (cento e oitenta) dias a contar da emissão do título (UQBAR, 2014, p. 109).

Os dados econômicos analisados demonstram que a aplicação do instituto jurídico analisado está sendo empreendida de maneira eficiente, porquanto houve a diminuição da taxa de inadimplência e o efetivo aumento dos

³ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

recursos liberados para a concessão de financiamentos imobiliários. Além desses dados econômicos, a solução de controvérsia existente quanto à incidência ou não do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor³, que determina a restituição das parcelas pagas ao devedor, em face das disposições previstas na Lei Federal de nº. 9.514/1997, serviu para garantir a aplicação correta e eficiente do instituto

A discussão doutrinária e jurisprudencial da temática surgiu logo após a promulgação da referida Lei Federal, tendo em vista que a incidência da referida disposição do Código de Defesa do Consumidor iria alterar totalmente o procedimento de execução extrajudicial e de público leilão decorrente da própria lógica da garantia instituída. A solução da questão se deu por meio do julgamento colegiado do Agravo de Instrumento de nº. 923.750 – SP, em 2010, no qual restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça o caráter especial e posterior da Lei Federal de nº. 9.514/1997, prevalecendo as suas disposições em face do Código de Defesa do Consumidor. De igual forma, tal situação restou consignada na decisão monocrática proferida pelo Ministro Massami Uyeda, em 2012, nos autos do Recurso Especial de nº. 1.160.549 – RS.

Por certo que tais decisões do STJ asseguram a correta aplicação do instituto da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, bem como a diminuição dos custos de transação existentes na concessão de financiamentos imobiliários, e, por isso, permite que tal instituto seja eficiente do ponto de vista econômico, influenciando, com base nos dados elencados, a diminuição da taxa de inadimplência e o desenvolvimento do mercado imobiliário, justamente os seus principais objetivos.

CONCLUSÃO

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro com o desiderato de propiciar segurança aos financiamentos imobiliários concedidos, sendo um direito real sobre imóvel próprio, com a formação de um patrimônio de afetação apto a garantir o pagamento do débito.

Desse objetivo básico, decorre o de possibilitar a redução da taxa de inadimplência dos contratos de financiamentos e o de propiciar o desenvolvimento do mercado imobiliário, com alocação de novos recursos e concessão de novo financiamentos. Esses dois outros intentos são concretizados na medida em que há a correta transmissão de informações no mercado por

meio da formação adequada do preço. A segurança possibilitada pela alienação fiduciária estará representada no preço do financiamento concedido que, por sua vez, irá informar aos construtores a existência de recursos disponíveis para novas unidades e assim, sucessivamente.

O questionamento inicial do presente trabalho consistia em saber se o instituto jurídico em análise cumpriu – ou está cumprindo – com os objetivos econômicos justificadores de sua instituição, foi respondido de maneira afirmativa, com base nos dados econômicos existentes e nas constatações realizados ao longo do texto. A partir dessa resposta afirmativa pode-se constatar que o referido instituto é eficiente economicamente, pois está induzindo nos agentes envolvidos a realização das condutas pretendidas e benéficas para a sociedade.

Além disso, percebeu-se a alienação fiduciária somente cumpriria com o seu objetivo a partir da correta transmissão de informações no processo social denominado mercado, induzindo, a partir daí, a realização das condutas previstas e eficientes. Diante disso, os dados pesquisados demonstram que, não só existiu a diminuição da taxa de inadimplência, como houve, nos últimos anos, o acréscimo do volume de recursos destinados ao mercado imobiliário, seja via intermediação financeira com recursos do FGTS e do SBPE ou via operações envolvendo o mercado de capitais, como, por exemplo, a emissão de Certificado de Recebíveis Imobiliários. Por último, constatou-se que a superação da discussão envolvendo a aplicação das disposições do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor propiciou a elevação da segurança jurídica e, por consequência, a redução dos custos de transação envolvidos na concessão dos financiamentos imobiliários.

REFERÊNCIAS

ABECIP. **Alienação fiduciária e direito do consumidor**. São Paulo: ABECIP, 1999.

_____. **Perspectivas do crédito imobiliário no Brasil**. São Paulo: ABECIP, 2013.

BRASIL. **Lei Federal de nº. 9.514**, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 2 de

junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento de nº. 932.750 - SP**. Julgado em 25 de maio de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701799764&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 2 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário de nº. 1.160.549 – RS**. Julgado em 3 de setembro de 2012. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=21424289&num_registro=200901915020&data=20120903&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em 2 de junho de 2014.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COASE, R. H. **The nature of the firm**. *Economica* NS, 1937.

_____. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.

MISES, Ludwig Von. **Ação humana**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010;

_____. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza Borges. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2009;

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010

NUNES, André F. Nunes de; CAVALCANTE, Bruno Maia; RIBEIRO, Bruno Passos Spínola. **A crise do subprime sob a ótica da teoria da informação**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/>>

ecop26/nunes-cavalcante-ribeiro-2008.pdf> acesso em 3 de setembro de 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade fiduciária imóvel**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

REZENDE, Teotônio C. **Sustentabilidade do crédito imobiliário: algumas contribuições do Governo Federal e da Caixa**. Fortaleza: CEF, 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/evento/arquivos/2010_3_21/2010_3_17_Painel_III_Teotonio_Rezende.pdf>. Acesso em 2 de junho de 2014.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. **A alienação fiduciária imobiliária em garantia em uma perspectiva de direito e economia**. California: Berkeley, 2007.

UQBAR. **Anuário securitização e financiamento imobiliário 2014**, disponível em: <<http://www.uqbar.com.br/download/UqbarAnuarioImobiliario2014.pdf>>. Acesso em 2 de junho de 2014.

_____. **Anuário finanças estruturadas 2014**. Disponível em: <<http://www.uqbar.com.br/download/UqbarAnuarioFE2014.pdf>> Acesso em 2 de junho de 2014.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Como citar: COIMBRA, Rodrigo; WITTCKIND, Ellara Valentini. A livre circulação de trabalhadores e a não discriminação ao migrante na União Europeia: digressões acerca da fraternidade e do reconhecimento nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.220- 246 abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p220. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 13/11/2014

Aprovado em 09/03/2016

RESENHAS / REVIEWS

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista Diálogo Jurídico**. Bahia, n. 13, abr./maio. 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DO PLANEJAMENTO STATE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES FROM THE PLANNING

* Gláucia Cardoso Teixeira Torres

Como citar: TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira. Responsabilidade civil do estado por dano decorrente do planejamento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 247-249, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p247. ISSN: 2178-8189.

Ao abordar a questão da responsabilidade estatal por ato decorrente do planejamento, a autora inicia seu trabalho adentrando nas características fundamentais do Estado Democrático de Direito. Para que assim seja considerado, faz-se necessária a existência de lei à qual este Estado esteja submetido, a separação de poderes, a existência de um judiciário imparcial e o poder emanado do povo que será exercido por meio de seus representantes.

Dispõe que todo o Direito Administrativo se constrói sobre duas pilstras: de um lado as funções estatais, e de outro, as garantias aos administrados. O princípio da boa-fé apresenta-se como um dos principais princípios dessa relação Estado e administrados. E enfatiza que aos princípios do Estado de Direito deve corresponder necessariamente a obrigação de se responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados sejam estas lícitas ou ilícitas.

Ao perquirir a questão da Responsabilidade Civil do Estado por Dano decorrente percebe-se, analisando-se o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara.

No entanto, a autora demonstra haver uma distinção entre os planos que refletirá sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado. Três são os tipos de planos:

1 – Planos Indicativos: são aqueles em que o governo apenas assinala em

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

alguma direção, sem qualquer compromisso e sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Nestes não há a obrigatoriedade em indenizar

2- Planos Incitativos: são aqueles em que o Governo sinaliza e pretende o engajamento da iniciativa privada para alcançar os fins pretendidos. Esses planos, muitas vezes vêm acompanhados de promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nestes casos, em se considerando que os administrados aderiram ao plano imbuídos de confiança e boa-fé na administração pública, caso ocorram modificações ao que fora proposto nos planos, e estas acarretem em prejuízo, haverá o dever de indenizar.

3- Planos Imperativos: São aqueles que devem ser observados conforme a própria terminologia da palavra deixa clara. Em não havendo nenhuma excludente, o Estado terá responsabilidade de indenizar.

Nestes casos, deve-se aferir no caso concreto a conduta estatal, a conduta do lesado, a existência de alguma excludente e o dano causado e se o ato foi lícito ou ilícito. Contudo, mesmo lícito, poderá haver a responsabilidade estatal. Isso porque muitas vezes os planos são elaborados sem a necessária previsão das consequências, muitas vezes sendo modificados em um curto espaço de tempo, acarretando graves consequências à iniciativa privada.

A segurança jurídica e a certeza do direito constituem princípios de todo Estado Democrático de Direito. Assim, as modificações dos planos, quando não observarem os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação podem ensejar o dever do Estado indenizar.

A autora assevera que é fundamental que a administração tenha exato conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não ocorreriam se não fossem as garantias dos entes públicos. A falta de cumprimento da promessa será elemento ensejador do dever de indenizar.

A responsabilidade objetiva do Estado também deve ser analisada nos casos em que o Estado deveria ter realizado o planejamento e não o fez. A falta de planejamento revela a omissão ou inoperância do Poder Público, o que também pode configurar causa de responsabilidade civil quando resultarem em danos a terceiros.

A autora conclui que a motivação constitui princípio de máxima importância nas questões que envolvem o planejamento, vez que através dela é possível verificar-se a razoabilidade, a congruência lógica entre o ato

emanado e seu motivo e a boa-fé da Administração. E termina afirmando que o planejamento pode e deve ser modificado sem porém atritar-se com garantias fundamentais, passando por cima de valores consagrados na Constituição Federal, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho.

Como citar: TORRES, Glauca Cardoso Teixeira. Responsabilidade civil do estado por dano decorrente do planejamento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 247-249, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p247. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 30/11/2014

Aprovado em 03/03/2016

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

A DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZAS DISTRIBUTION OF WEALTH

* Marcilei Gorini Pivato

Como citar: PIVATO, Marcilei Gorini. A distribuição de riquezas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.250-252, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p250. ISSN: 2178-8189.

A obra em análise do economista Francês Thomas Piketty é resultado de quinze anos de pesquisa (1998-2013) dedicados, em sua essência, à dinâmica histórica da distribuição de riquezas. O autor procura responder quatro perguntas ao longo do livro, cujas respostas se baseiam em dados comparativos que abrangem três séculos e mais de vinte países em uma estrutura inovadora que nos permite compreender as tendências e os mecanismos de operação. São elas: A distribuição de riquezas é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade. Será que a dinâmica da acumulação do capital privado conduz de modo inevitável a uma concentração cada vez maior de riqueza e do poder em poucas mãos como acreditava Marx no século XIX? Ou será que as forças equilibradas do crescimento, da concorrência e do progresso tecnológico levam espontaneamente a uma redução da desigualdade e uma organização harmoniosa das classes nas fases avançadas do desenvolvimento como pensava Simon Kuznets no século XX? O que realmente sabemos sobre a evolução da distribuição de renda e do patrimônio desde o século XVIII, e quais lições pode-se tirar disso para o século XXI?

Na introdução o autor traz um breve panorama histórico, iniciando com o nascimento da economia clássica no final do século XVIII, e no qual destaca as contribuições de Thomas Malthus, Arthur Young, David Ricardo, Karl Marx, e Simon Kuznets, salientando que os economistas do Século XIX colocaram a questão distributiva de riquezas no cerne da análise econômica e tentaram estudar as tendências do mercado em longo prazo, os quais foram esquecidos pelos economistas modernos.

* Mestranda do Programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Potiguar (UNP). Advogada. E-mail: marcileipivato@hotmail.com.

Em linhas gerais, o autor procura reunir ao longo de sua obra, as mais completas e sistemáticas fontes históricas para o estudo aprofundado da dinâmica de distribuição de renda e da riqueza.

A primeira parte do livro denominado “Renda e Capital” composta pelos dois primeiros capítulos, o autor introduz as noções fundamentais de renda nacional, capital e relação capital/renda, descrevendo a evolução mundial da distribuição de renda e produção, analisando a taxa de crescimento da população desde a Revolução Industrial. Na segunda parte, intitulada a “dinâmica da relação capital/renda”, formada por quatro capítulos, analisa o modo que se apresenta no início do século XXI a evolução dessa relação e a distribuição global da renda nacional entre rendas do trabalho e do capital, desde o século XVIII, por meio de análises dos casos do Reino Unido, da França da Alemanha e dos Estados Unidos, estendendo-as para o mundo todo.

Em relação à distribuição de renda, o autor amplia os limites geográficos e temporais do trabalho que Kuznets na mensuração da evolução da desigualdade de renda nos Estados Unidos de 1913 a 1948, aplicando seus métodos no caso da França, Reino Unido, Canadá, Japão, Argentina, Alemanha, Portugal, Suíça, Índia e China com o apoio de Anthony Atkinson, Emmanuel Saez, Facundo Alvaredo, Fabien Dell, Abhijit Banerjee e Nancy Quian, e utiliza como uma de suas fontes primárias de estudo a World Top Incomes Database (WTID), a mais ampla base de dados históricos sobre a evolução da desigualdade da distribuição de renda.

Em relação à riqueza e ao patrimônio das famílias o autor utiliza como fonte de estudo os rendimentos advindos do trabalho, do capital da herança, e da poupança acumulada ao longo da vida, pois o foco de estudo do autor não é só o nível de desigualdade, mas a sua origem, estrutura e as justificativas econômicas, morais, sociais e políticas.

A terceira parte denominada “A estrutura da Desigualdade” e por sua vez formada por seis capítulos, analisa a dinâmica histórica da desigualdade, relacionada ao trabalho, capital e herança, bem como analisa as perspectivas para a distribuição global de riquezas para o século XXI. O autor ainda utiliza como fonte de estudo a mensuração do estoque total de riquezas dos Estados, incluindo os imóveis e o capital industrial e financeiro, o qual permite a análise da relevância do capital para o conjunto de uma sociedade, bem como o papel da Revolução Industrial na sua formação.

Na última parte, intitulada “Regulação do capital no século XXI”, composta por quatro capítulos, objetiva extrair recomendações para as políticas

públicas e normativas, estabelecendo fatos e compreendendo as mudanças analisadas ao longo da história, bem como traça contornos do que deveria ser um Estado social adaptado ao século XXI.

Uma das principais conclusões a que chega o autor, é que a história da distribuição de riquezas jamais deixou de ser profundamente política, o que impede a sua restrição aos mecanismos meramente econômicos. Em particular, a redução da desigualdade que ocorreu nos países desenvolvidos entre 1900-1910 e 1950-1960 foi antes de tudo resultado das guerras e das decisões de políticas públicas adotadas para atenuar o resultado desses choques. Da mesma forma a reascensão das desigualdades após os anos de 1970-1980, se deveu em partes às mudanças políticas ocorridas nas últimas décadas, principalmente no que tange à tributação e às finanças. Nesse sentido, verificou-se que a história da desigualdade é moldada pela influências das escolhas políticas, econômicos e sociais.

Outra conclusão importante a qual chega o autor, é que a dinâmica de distribuição de riquezas revela uma engrenagem poderosa que ora tende para a convergência, ora para a divergência e não há qualquer processo natural e espontâneo para impedir que prevaleçam as forças desestabilizadoras que promovem a desigualdade. Os mecanismos que levam à convergência (reduzem à desigualdade) são os processos de difusão do conhecimento e investimento na formação e na qualificação de mão de obra, e a difusão de uma educação de qualidade. Os mecanismos de divergência (aumentam à desigualdade) são por sua vez a falta de investimento adequado na educação e na capacitação de mão de obra que podem excluir grupos sociais inteiros da distribuição de renda, impedindo-os de desfrutar dos benefícios do crescimento econômico, ou mesmo preteri-los por grupos estrangeiros de mão de obra especializada.

Por fim, o autor define que a principal força de convergência para a redução das desigualdades na distribuição de riqueza e renda é a difusão do conhecimento, a qual depende diretamente das políticas de governo do Estado para a educação e a capacitação técnica. Em linhas gerais, o autor procura reunir ao longo de sua obra, as mais completas e sistemáticas fontes históricas para o estudo aprofundado da dinâmica de distribuição de renda e da riqueza, com o objetivo de extrair das experiências passadas, diretrizes para o futuro.

Como citar: PIVATO, Marcilei Gorini. A distribuição de riquezas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.250-252, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p250. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 24/11/2015

Aprovado em 03/03/2016

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, Remove 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.
