

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



Universidade Estadual
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.20, N.2 - jul.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.2 - jul.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, Glauucia 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

Adriana Silva Maillart (UNINOVE/SP)
Bruno Amaro Lacerda (UFJF/MG)
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (UFRJ/RJ)
Carlos Nelson de Paula Konder (UERJ/RJ)
Eloi Martins Senhoras (UFRR/RR)
Fernanda Sabrinni Pereira (UFU/MG)
Guilherme Camargo Massaú (UFPEL/RS)
Helvécio Damis de Oliveira Cunha (UFU/MG)
Hugo de Brito Machado Segundo (UFC/CE)
Jair Teixeira dos Reis (FSG/ES)
Jamile Gonçalves Calissi (FIJ/SP)
Marcos Vinício Chein Feres (UFJF/MG)

Margareth Anne Leister (UNIFIEO/SP)
Maurin Almeida Falcão (UCB/DF)
Mateus de Oliveira Fornasier (UNIJUI/RS)
Patrícia Tuma Martins Bertolin (UPM/SP)
Roberto Wagner Marquesi (UEL/PR)
Rodrigo Coimbra Santos (UFRGS/RS)
Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)
Sílvio Romero Beltrão (UFPE/PE)
Thais Bernardes Maganhini (UNIR/RO)
Welber de Oliveira Barral (UFSC/SC)
Wilson Engelmann (UNISINOS/RS)

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
REFLEXÕES HETERODOXAS: DIREITO DE PROPRIEDADE	10
UNORTHODOX REFLECTIONS: RIGHT TO PROPERTY	
<i>Rachel Sztajn</i>	
PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: O CASO DA EXPANSÃO DOS DEVERES DE COLABORAÇÃO DO CONTRIBUINTE	28
THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE IN TAX LAW: EXPANDING THE COLLABORATION DUTIES OF TAXPAYERS	
<i>Paulo Caliendo</i>	
O ESTADO E A ATUAÇÃO EM PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL NO DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO	51
THE STATE AND ITS PARTNERSHIP WITH CIVIL SOCIETY IN THE DEVELOPMENT OF ACTIONS OF PUBLIC INTEREST	
<i>Luiz Fernando Zen Nora e Paulo Roberto Colombo Arnoldi</i>	
FILOSOFIA DA LINGUAGEM E GIRO LINGUÍSTICO: IMPLICAÇÕES PARA OS DIREITOS AUTORAIS	81
THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE AND THE LINGUISTIC TURN: IMPLICATIONS FOR COPYRIGHT	
<i>Alejandro Knaesel Arrabal, Wilson Engelmann e Sidnei Kuczkowski</i>	
AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO NO SÉCULO XXI E SUA METAMORFOSE PELA DEMOCRACIA E JUSTIÇA	107
THE CONTRADICTIONS OF CAPITALISM IN THE 21ST CENTURY AND ITS TRANSFORMATION BY DEMOCRACY AND JUSTICE	
<i>Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e Neuro José Zambam</i>	
A REGULÇÃO AUTÔNOMA NO BRASIL: UM DIÁLOGO COM A EXPERIÊNCIA FRANCESA	141
AUTONOMOUS REGULATION IN BRAZIL: A DIALOGUE WITH THE FRENCH EXPERIENCE	
<i>Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin e Fabiano Teodoro de Rezende Lara</i>	

A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL: IMPLICAÇÕES NO COMÉRCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO	177
THE VIENNA CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: IMPLICATIONS FOR THE BRAZILIAN E-COMMERCE	

Tarcisio Teixeira e Isabela Cristina Sabo

O DESENHO DEMOCRÁTICO EM TRIÁDE: A RELAÇÃO CONDICIONAL ENTRE CONSCIÊNCIA DEMOCRÁTICA, ACCOUNTABILITY E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	203
THE TRIAD DEMOCRATIC DESIGN: THE CONDITIONAL RELATIONSHIP BETWEEN THE DEMOCRATIC CONSCIENCE, ACCOUNTABILITY AND THE PARTICIPATORY DEMOCRACY	

Pedro Henrique Arcain Riccetto, Carlos Picchi Neto e Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral

HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES PRIVADOS E PÚBLICOS NA EMPRESA: O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE	234
HARMONIZING PRIVATE AND PUBLIC INTERESTS WITHIN COMPANIES: THE PARADIGM OF SUSTAINABILITY	

Vinicius Figueiredo Chaves e Leonardo da Silva Sant'Anna

PARA ALÉM DA DISCUSSÃO SOBRE ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO: A IGUALDADE DE DIREITOS E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COMO MEIOS PARA A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO	266
BEYOND THE DEBATE ON FINAL OR INTERMEDIARY ACTIVITY: EQUALITY OF RIGHTS AND JOINT LIABILITY AS AN EFFECTIVE MEANS FOR THE PROTECTION OF WORKERS' IN A TRIANGULAR RELATIONSHIP	

Brena Késsia Simplicio do Bonfim e Ana Virgínia Moreira Gomes

RESENHAS / REVIEWS

OS CINCO MISTÉRIOS DO CAPITAL	297
THE FIVE MYSTERIES OF CAPITAL	

Rudá Ryuiti Furukita Baptista

FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA MODERNA REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	301
PURPOSES AND GROUNDS OF MODERN ECONOMIC REGULATION	

Renata Calheiros Zarelli

INSTRUÇÕES AOS AUTORES	304
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Apresentada neste ano de 2016 à comunidade acadêmica em periodicidade quadrimestral, a Revista Scientia Iuris publica a edição número 02, volume 20, com valiosas contribuições ao fomento e ao crescimento científico dos pesquisadores e estudiosos do Direito.

A diversidade e seriedade dos assuntos expostos neste número demonstram o comprometimento dos autores ao proporem uma reflexão crítica sobre: o papel do Estado frente à maior participação da sociedade civil nas ações de interesse público; o capitalismo no século XXI; a subsidiariedade tributária; a regulação autônoma; a igualdade de direitos ao trabalhador terceirizado; os direitos de propriedade; a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional; o comércio eletrônico; a sustentabilidade, a filosofia da linguagem e diversos outros temas que enriquecem a perspectiva sobre os temas propostos.

Mais uma vez, registra-se o agradecimento a todos que contribuíram para esta edição, essenciais na luta pela disseminação do

conhecimento, e que enriquecem o Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Desta forma convidamos os leitores a desfrutarem dos artigos, que com trabalho e dedicação, foram selecionados pela equipe.

Excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**REFLEXÕES HETERODOXAS:
DIREITO DE PROPRIEDADE**
UNORTHODOX REFLECTIONS: RIGHT
TO PROPERTY

Rachel Sztajn*

* Livre-docente e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: rasztajn@usp.br.

Como citar: SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: direito de propriedade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 10-27, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p10. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: A pretensão do trabalho é discutir o direito de propriedade, sua origem e funcionalidade, bem como os efeitos de normas de direito positivo que possam causar insegurança ou incerteza, impactando de forma negativa em potenciais investimentos.

Palavras-chave: Direito de propriedade e incertezas normativas.

ABSTRACT: The paper intends to discuss the right to property, its origin, functionality, and the effects of positive law, which may cause insecurities or uncertainties that can influence negatively potential investments.

Keywords: Property rights and legal uncertainties.

INTRODUÇÃO

Propriedade: por que e para que? Que função desempenha nas relações sociais? Para Harold Demsetz (1967) a propriedade tem como função internalizar as externalidades, sejam elas positivas ou negativas. A partir de ensinamento de Douglas North (1990), propriedade é instituição social. Instituições sociais são as “regas do jogo”, que espelham decisões e valores da sociedade ou grupo de pessoas, visando a reduzir fricções e que promovem o desenvolvimento.

Regras do jogo são parâmetros, estímulos, incentivos, positivos ou negativos, considerados pelas pessoas na tomada de decisões. Não diferente do que Norberto Bobbio entende como função promocional do Direito.

Instituições sociais são fruto de usos e costumes sociais, eleitos como os mais adequados em dadas circunstâncias mas que, por facilitarem “transações”, negociações entre pessoas, servem como instrumento que gera confiança, criam segurança e reduzem “custos de transação” que, possivelmente, inviabilizariam operações de grande complexidade.

Sobre a importância dos usos e costumes remete-se ao art. 131 do Código Comercial brasileiro, de 1850 nas operações mercantis. Registrados nos Registros de Comércio das diferentes praças, os usos e costumes complementavam contratos, auxiliando na interpretação de cláusulas negociais e, mais importante, eram informação que os mercadores que operassem na praça conheciam (ou deveriam conhecer).

Recentes discussões doutrinárias no Brasil que focam contratos relacionais e incompletos, podem ser associadas à confiança quanto à titularidade dos bens negociados sem o que faltará confiança para que o negócio seja consumado. Contratos relacionais são, de regra, analisados

sob a perspectiva sociológica em que as práticas suprem discussões envolvendo o contrato. Já contratos incompletos, de longa duração e de execução continuada ou diferida, baseiam-se em considerações econômicas ao se reconhecer a dificuldade de prever o futuro e como se proteger de eventos que impactem as obrigações assumidas. Nesse caso as negociações podem ser de tal sorte complexas e onerosas que a oportunidade do negócio tende a ser desperdiçada, perdida.

A incerteza contaminaria os mercados, tornando-os semelhantes a cassinos. Para evitar esse tipo de associação, os comerciantes, há muito tempo, criaram os contratos de compra e venda mediante amostra. A solução, prática costumeira no caso de produtos como grãos – café, cacau, algodão, cana-de-açúcar – ou processados – óleo de oliva e vinhos –, concentram no produtor/vendedor os riscos associados à qualidade do produto vendido e que será entregue em data futura.

Ao comprador garante-se o direito de recusar as mercadorias que não preencham as qualidades prometidas quando da apresentação da amostra, o *caveat emptor*, se converte em *caveat venditor*, e o princípio de direito contratual explicita a assimetria informacional entre comprador e vendedor do bem ou serviço: afasta-se a *emptio spei* predominando a *rei sperate*. Se a coisa diferir da prometida, os compradores podem, sem incorrer em penalidades ou outras despesas, recusar os produtos entregues que não preencham as qualidades/características presentes na amostra.

Claro que tudo isso tem como premissa que o vendedor seja titular da coisa que promete entregar ou, no mínimo, tenha mandato do proprietário, para transferir a titularidade do bem ao promissário comprador, sem o que a operação de compra e venda será irregular, nula ou anulável.

Sem reconhecimento legal ou social da titularidade sobre bens

– corpóreos ou incorpóreos – inexistente confiança que facilite o melhor, mais eficiente, uso dos bens.

1 PROPRIEDADE

O direito de propriedade sobre terras não existe, não há notícia dele, entre os nômades. Para que demarcar “territórios” atribuindo-se a algum grupo a exclusividade do uso da área se não permaneciam no local de forma continuada? O sedentarismo, de outro lado, explica a demarcação de áreas que permitiam excluir aqueles que não tivessem alguma espécie de direito para usá-las.

Harold Demsetz (1967) discute a demarcação de áreas por tribos indígenas no Canadá, tendo como ponto de partida a tragédia dos comuns. As tribos de indígenas canadenses eram nômades que caçavam animais existentes na região seja para fins alimentares seja para utilizar as peles como forma de proteção contra o frio do inverno. Com a chegada de europeus ao território canadense, o interesse pelas peles dos animais, valiosas na Europa, a demanda é alterada pois agora não se trata apenas de caçar para ter comida mas sim de receber algum valor em troca do bem (pele) o que leva à caça “predatória” (o termo é empregado de forma enfática) visando, ao satisfazer interesses de terceiros, obter recursos, enriquecer. Porém, os indígenas perceberam o potencial danoso da nova prática, cujos efeitos seriam sentidos no médio ou longo prazo.

O temor do extermínio dos animais, tragédia potencializada pela caça sem restrições, traz à luz o reconhecimento de que era preciso preservá-los, garantir sua reprodução, o que levou à delimitação, mediante acordos, explica Demsetz (1967), de áreas – espaço físico – em que cada tribo poderia caçar. Com a definição de limites e restrições a “invasões”

por membros de outra (s) tribo (s), criou-se a propriedade tribal visando à preservação de um bem escasso sem o qual as pessoas teriam dificuldades para manter suas vidas.

Não muito diferente, embora as razões possam ser distintas, ao longo da história da humanidade, as terras foram atribuídas ou apropriadas por grupos, clãs, ou famílias, surgindo um direito material, a propriedade que, pelo interesse social, foi recepcionada pelos ordenamentos jurídicos. A terra ou território, bem imóvel, é escasso, portanto valioso, que deve ser preservado.

Qualifica-se como escasso o bem ou recurso de que não há quantidade suficiente para atender às demandas, necessidades e/ou desejos de todos, sempre e sem limite. Bens escassos são, na definição dos economistas, excludentes e rivais. Excludentes no sentido de que o titular pode impedir (excluir) terceiros de acessá-lo; rivalidade remete ao uso ou consumo por mais de uma pessoa simultaneamente.

Ainda que excludência e/ou rivalidade não sejam absolutas, caso dos bens públicos como dispõe o Código Civil Brasileiro, assim calçadas e leitos carroçáveis, estradas intermunicipais, estaduais ou federais, destinados ao uso de todas as pessoas, é evidente que pode haver rivalidade pois, usados ou ocupados por pessoa ou veículo, tais espaços não poderão ser ocupados por outrem. Dois corpos não podem, simultaneamente, ocupar o mesmo espaço físico.

Sobre a importância de atribuir direito de propriedade sobre bens escassos, recorre-se a Garret Hardin (1968), e seu texto *The Tragedy of the Commons*, (o termo *commons* significa “sem titular”). Hardin mostra os riscos de inexistência de restrição à apropriação de bens escassos: estímulo ao uso abusivo, ao consumo amplo e ilimitado, causas que levam ao esgotamento do bem. Veja-se a preocupação de

pesquisadores que leva à criação de reservas específicas de plantas, por exemplo. No mesmo sentido a decisão do governo brasileiro, no século passado, aumentando o limite das águas territoriais para inibir a pesca por barcos de bandeiras estrangeiras, com o que garante que os peixes se reproduzirão normalmente, dificultando abusos. Uma das espécies visadas era a lagosta.

Também para evitar a tragédia dos comuns há regras que proíbem pesca ou caça nos períodos de suas respectivas reproduções. Nas atividades agropecuárias o rodízio de espécies e o uso de pasto, uma forma de “repouso” das áreas tem igual função, manter sua produtividade.

À inexistência de regras que impeçam o uso abusivo, o consumo ilimitado do bem, estimula-se (incentiva-se) o apossamento/consumo da maior quantidade possível: quem chegar primeiro colherá os melhores (ou todos) os frutos. Egoísmo racional, dir-se-á. Qual a lógica de abster-se de ser “feliz” hoje para, talvez, sê-lo no futuro? Qual o incentivo para desestimular comportamentos oportunistas?

Se a atribuição da propriedade, instituto jurídico, tem como função estimular sua preservação, seu não esgotamento, quais os critérios adotados no processo decisório? Como a sociedade define parâmetros: escolhas aleatórias, randômicas, meritocracia ou equidade?

2 CRITÉRIOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE TITULARIDADE SOBRE BENS ESCASSOS

Guido Calabresi e A. Douglas Melamed (1972), no texto conhecido como *The Cathedral*, discutem a importância de definição clara das posições jurídicas, que denominam *entitlements*, tuteladas por normas jurídicas. Explicam que sem critérios bem determinados

prevalecerá o poder do mais forte, o vencedor na disputa, no que se conhece como *might makes right*. Acrescem ser igualmente necessário prever como garantir a escolha, portanto a forma de intervenção do Estado, o que implica custos, de sorte a impedir o *might makes right*, bem assim se a posição jurídica poderá, ou não, ser negociada pelo titular (bens disponíveis e indisponíveis). Os autores classificam essas escolhas e decisões, respectivamente, em de primeira e segunda ordem.

Explicam, ainda, que posições jurídicas são propriedade quando puderem circular de forma voluntária, sem intervenção do Estado, mediante ajuste entre o titular e terceiro interessado; posições jurídicas indisponíveis, inalienáveis, não podem ser transferidas.

Quanto aos critérios para a atribuição das posições jurídicas, Calabresi e Melamed (1972) os analisam sob a ótica da eficiência econômica, de preferências distributivas ou de justiça.

1. Eficiência econômica leva em conta não apenas os custos incorridos em garantir o direito (*entitlement*) que são administrativos, mas sua alocação que deve ser Pareto ótima, tendo em mente os custos de transação ou de negociação na circulação do bem. A alocação de bens Pareto ótima seria eficiente do ponto de vista econômico uma vez que nenhuma outra ofereceria, dadas as restrições existentes, resultados melhores, sem que qualquer outra pessoa ou posição jurídica seja prejudicada.

2. Preferências distributivas, de regra, recaem sobre determinados bens e se fundamentam em critérios de meritocracia, algumas ligadas à dinâmica da eficiência, premiação, entre outras. A atribuição aleatória de posições jurídicas seja a grupos ou indivíduos possivelmente não constitui a melhor alternativa para se alcançar os resultados mais desejáveis.

3. Critérios de justiça sopesam igualdade e desigualdade

considerando a preferência socialmente desejável, o que remete à eficiência e distributividade.

As discussões sobre a atribuição do direito de propriedade recaem, majoritariamente, sobre bens escassos, justificando os esforços para preservá-los. Uma vez que as preferências afetarão as escolhas envolvendo a distribuição da propriedade (leia-se riqueza), cada sociedade poderá optar por soluções diferentes e adotar distintos critérios para tanto.

Repensando a regra *might makes right*, a qual explica muitas das guerras entre grupos e/ou nações desde a antiguidade, quando os vencedores se apoderavam de territórios antes pertencentes aos vencidos, a questão da distribuição da riqueza, por influência do cristianismo, passa a ter como parâmetro a equidade.

Se o uso da força deixa de ser privilegiado, invasões e destruição de bens alheios, até mesmo científicos ou culturais, prova a dificuldade de se abandonar, completamente, como instrumento de atribuição (ou autoatribuição) de posições jurídicas, a força. A sensação de incerteza quanto ao respeito à posição jurídica (propriedade), ter-se-á aumento das fricções sociais, dos custos administrativos, inibindo-se investimentos e/ou benfeitorias.

A consequência desse sentimento – a incerteza – é, no Brasil, fruto de decisão do legislador constitucional de 1988, seja no que diz respeito à demarcação de terras indígenas e quilombolas, seja no direito à moradia.

3 CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO/RECONHECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE ADOTADOS NO BRASIL

Antes da chegada dos portugueses ao litoral, na expedição capitaneada por Pedro Álvares Cabral, o que se pode inferir é que grupos indígenas, divididos em tribos, tinham domínio sobre frações do território. Com a chegada dos portugueses, a descoberta do país foi causa de uma espécie de desapropriação dos antigos habitantes, apoderando-se os europeus, em nome e para a coroa portuguesa, do território, no modelo do *might makes right*.

Embora não se tivesse ideia da extensão do território, o certo é que, em 1533, D. João III, então rei de Portugal, autoriza a colonização do território de além-mar, atribuindo áreas denominadas capitânicas hereditárias, a pessoas que considerava aptas a explorá-las produtivamente. Aos donatários era facultado criar sesmarias, isto é, entregar parte(s) de sua capitania a outrem que se comprometesse a cultivá-la, mediante pagamento de um valor, espécie de pensão, em geral correspondente à sexta parte do rendimento que obtivesse. As sesmarias foram extintas em 1812.

A organização das bandeiras foi outro meio de ampliar o domínio sobre terras pelo avanço do mar para o interior do país. Disputas com colonizadores espanhóis quanto ao domínio de áreas do centro oeste foram solucionadas com o Tratado de Tordesilhas.

Em suma, primeiro os indígenas foram dominados e cristianizados pelos jesuítas; em seguida os bandeirantes se apossaram de áreas no planalto central, mas, até 1854, com a edição do Decreto n. 1.834, que conferiu aos vigários competência para legalizar áreas então ocupadas por particulares em suas respectivas freguesias, a atribuição do direito de propriedade mais se assemelhava a um modelo de concessão para desenvolvimento de atividade econômica.

Quando as anotações feitas no livro denominado Registro do

Vigário, possivelmente o primeiro registro público de terras do país, provavelmente se optou por confirmar o que era aceito pelas comunidades locais, uma espécie de atribuição do direito seja por herança seja por força.

De supor que os Registros do Vigário sejam a origem dos registros públicos do direito de propriedade no Brasil. O problema está em saber como as terras eram divididas e distribuídas entre 1533 e 1854. Serão confiáveis os lançamentos feitos no Registro do Vigário? O que eram, efetivamente, terras de propriedade de particulares?

Com a aprovação da Lei n. 1.237, em 1864, que foi regulamentada pelo Decreto n.3.453 de 1.865, tornou-se obrigatória, no prazo de três meses a contar da publicação, a instalação, em todas as comarcas do Império, registros gerais de imóveis. Essa prática foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, tendo o Decreto n. 12.343, de 1917, explicitado como seriam executados os atos registrais, ou seja, a inscrição e transcrição ou averbação da titularidade de bens imóveis. Aumenta-se a segurança quando se trata da transferência da titularidade porém, em certas regiões do país, falta certeza quanto à titularidade de imóveis o que tanto torna complicado o processo de transmissão quanto inibe investimentos.

Até mesmo o procedimento registral como meio de prova da propriedade de bens imóveis e sua transmissão está contaminado por incertezas, tisonando a função precípua do procedimento. Mais grave é que há notícias de fatos desabonadores quanto ao zelo que deveria ser observado pelos responsáveis por Cartórios de Registro de Imóveis que facilitaram a verticalização de terrenos que foram loteados várias vezes e vendidos para diferentes pessoas (não se trata de condomínio edilício), num processo de multiplicação da mesma área física.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 236 dispõe que “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Já o artigo 3º da Lei 8.935/94, que regulamentou o dispositivo constitucional, define: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. Tem-se, pois, por força de delegação, o exercício de atividade privada dotada de fé pública visando-se a dar segurança à sociedade quanto à veracidade das informações (lançamentos) constantes dos livros. A informação perfeita e completa interessa a todos quando se trata de bem imóvel.

Função desses registros não é simplesmente transferir a titularidade do bem imóvel, mas assegurar que quem o transfere é reconhecido, tem posição jurídica, de proprietário. A publicidade dos assentamentos permite que qualquer pessoa obtenha informações relativas ao imóvel, a existência de gravames – solicitando-as ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que se localize, e seu proprietário.

Entretanto, no artigo 231, a Constituição de 1988 dispõe a respeito de terras indígenas sem fazer qualquer menção a registros: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua

posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Associando o disposto no *caput* ao parágrafo 1º, fica claro que a escolha do legislador foi privilegiar, na atribuição de *entitlements*, os indígenas, conferindo-lhes o direito, a título originário, sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Reconheceu-se que habitavam o país antes da chegada dos portugueses e que isto, – o direito originário –, requer habitação em caráter permanente (não seria o caso de grupos nômades), em áreas nas quais exerçam atividades produtivas, visando-se à preservação de recursos ambientais – supõe-se fauna e flora – para garantir os costumes tradicionais.

O que se deve entender por “terras habitadas em caráter permanente”? Isto inclui áreas que foram povoadas, transformadas, urbanizadas e industrializadas pelos colonizadores e outros imigrantes, em que se introduziu o cultivo de espécies vegetais ou animais originários de outros países? Estarão, nesses casos, presentes as características originais para que sejam consideradas áreas demarcáveis? E se do assentamento do Registro de Imóveis constar ser o titular da área pessoa de etnia não indígena? Tais áreas se prestariam à demarcação como terras indígenas? Como afirmar que nelas são desenvolvidas atividades produtivas tradicionais desses povos?

O que explica pleitos de grupos indígenas, ou auto reconhecidos como descendentes de tribos indígenas, sobre áreas que em nada se aproximam do pressuposto constitucional? A ocupação continuada não teria inibido a presença de outras etnias? A preservação dos recursos ambientais necessários à sobrevivência das pessoas e sua cultura teriam desaparecido?

Considere-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 2009,

sobre a área conhecida como Reserva Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, região norte do Brasil, e os custos gerados pela insegurança jurídica e de administração.

A Suprema Corte determinou a completa desocupação da área por não indígenas, não previu indenização por benfeitorias introduzidas pelos agricultores, arroteiros, deixou em segundo plano suas famílias, e elegeu demarcação em área contínua, incluindo parte da fronteira norte. Terá sido a melhor interpretação do texto constitucional? Foi socialmente desejável, equitativa? O futuro dirá.

Eventual responsabilidade dos governos – federal e estadual – que, no mínimo se omitiram ao permitir o desenvolvimento de atividade agrária foi cogitada. Como se aqueles que visavam a obter sustento por meio de atividade agrícola, criando riqueza e bem-estar, socialmente desejável, fossem contraventores, tivessem agido dolosamente. Foram punidos por serem “diligentes”, embora quando ali se fixaram a área não fosse reconhecida com reserva indígena.

O aumento da incerteza no que concerne à titularidade plena de bens imóveis gera fricções sociais, a par de, muitas vezes, estimular invasões a áreas na suposição de que não haverá punições enquanto a expectativa de ganhos é real. O fato de aumentarem os custos administrativos, e de eventuais danos causados às propriedades retomadas são suportados pelo titular, a pretexto de exercer direito constitucional, os grupos que se consideram prejudicados, recorrem à força, ao *might makes right*.

No caso da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, o direito de propriedade, monopólio legal, a par de emblemática, a opção pelo reconhecimento de direitos – originários de indígenas, na disputa com o dos colonos (arroteiros), deixou em segundo plano as

consequências sociais, os custos, talvez por opacos para os julgadores, e a incerteza quanto ao que não se classificam como terras indígenas na região norte do país.

Essa decisão, mesmo que possa haver dúvidas quanto à veracidade de assentamentos no sistema dos Cartórios de Registro de Imóveis, não plenamente seguro, potencializou efeitos de segunda ordem: desconfiança, incerteza, insegurança jurídica, o que reduz o apetite por investimentos na região e inibe seu desenvolvimento socioeconômico. A mera suspeita de que alguma área possa vir a ser considerada reserva indígena, fato agravado dada a regra de imprescritibilidade, inibe decisões de investimentos produtivos.

O legislador de 1988 escolheu como critério, em relação aos povos indígenas, a justiça, conferindo-lhes direito originário e coletivo, inalienável, indisponível, e imprescritível, que recai sobre terras da União, que não poderiam ser transferidas para particulares. Trata-se não de direito de propriedade plena, mas de uma espécie de posse diferente da disciplinada no Código Civil Brasileiro.

Efeitos do não reconhecimento da titularidade sobre bens imóveis ainda que explorados de forma continuada por pessoas foram objeto de estudo pelo economista peruano, Hernando De Soto (1989), o qual explica que, sem direito de propriedade claro, bem definido, pequenos empresários têm dificuldades em obter empréstimos (falta garantia real) o que tende a inviabilizar o exercício da atividade, a geração de bem-estar, não diferindo da discussão de Calabresi e Melamed sobre a relevância da clareza na definição e atribuição de posições jurídicas.

Em texto recente, escrito para o *Project Syndicate*, De Soto (2016, *online*) retoma o argumento relacionando a propriedade à terrorismo e como combatê-lo, afirmando: “[...] *property rights are what*

emancipated [...] societies from sovereign bullies, left-leaning Westerners think that protecting property is rightist dogma, conservatives take legal property rights for granted, and economists associate them with real-estate deals and carpentry". Vai mais longe para explicar: "How long will it take the West to remember that democratic capitalism requires strong property rights to set clear boundaries beyond which the state may not go?" (DE SOTO, 2016, online).

Se para o legislador constituinte o direito originário dos povos indígenas é prioritário ainda quando os custos sociais, na visão coaseana da expressão, sejam elevados, é preciso computar os efeitos de segunda ordem que tampouco foram avaliados. Explico. Se o direito de propriedade puder ser questionado – e alguns povos indígenas tentaram ampliar as áreas reconhecidas anteriormente – como estimular investimentos que gerem riqueza? A imprescritibilidade do exercício da pretensão dos povos indígenas faz com que parte do território nacional seja considerada inviável para o exercício de atividades econômicas, pois salvo pessoas irresponsáveis, investir sem garantia de continuidade, é incerto, na visão de Knight.

Seria possível combinar direitos originários com eficiência alocativa e ao mesmo tempo evitar oportunismos, garantindo segurança jurídica em matéria de direito de propriedade? Fonte de insegurança jurídica a Constituição da República de 1988, ao contrário do que propõem Calabresi e Melamed (1972), não oferece tutela segura do direito de propriedade, impondo maior intervenção do Estado em face da crescente busca de "retomada" de áreas por povos indígenas e quilombolas. Salve o oportunismo! Note-se que a questão de reconhecimento de áreas como terras indígenas emergem também nas regiões sul e sudeste do país.

Talvez a pesquisa empírica de Bernardo Muller, professor

de economia na Universidade de Brasília, explique a preferência de grupos organizados em busca de moradia ou de terras para exercerem atividades agrícolas, se concentra em áreas mais desenvolvidas, dotadas de infraestrutura. Por que se esforçar se é mais fácil colher o que já foi plantado?

CONCLUSÃO

Nem sempre é fácil adotar medidas que, do ponto de vista econômico são as melhores (ou menos piores) com critérios de justiça. A esse respeito Joseph Stigler (1992), em *Law or Economics*, em texto publicado no *Journal of Law and Economics*, discute as diferenças entre economistas e operadores do Direito, dividindo as divergências em antes e depois de Coase seja quanto a custos de transação seja ao Teorema de Coase, diz que o conceito de eficiência contempla dois valores: meta desejável e valor dos meios para alcançar a meta. Máxima eficiência, explica, consiste em atingir o maior valor do resultado tendo em vista o valor dos meios.

Em relação ao Direito, a noção de eficiência não se prende ao resultado máximo. A ênfase recai sobre justiça e equidade. A questão, para Stigler (1992) está entre eficiência e justiça, prosperidade ou depressão. Entende que a economia tem dois papéis frente ao Direito. O primeiro é oferecer conhecimento em certas áreas, de que concorrência é um dos mais citados exemplos. O segundo e mais controvertido é o estudo das instituições e doutrina jurídicas, em que as respostas não são exclusivamente legais e econômicas, devendo-se ter presente o sistema político.

Indisputado que povos indígenas têm direito a preservar sua

cultura e tradições. A contribuição que podem dar com o conhecimento tradicional no uso de ervas e/ou plantas nativas, especialmente na região norte, é meritória. Nada obstante, o custo social derivado da insegurança registral no que tange ao reconhecimento da propriedade imobiliária provoca perdas sociais cujo custo não foi, ainda, estimado.

Como conciliar interesses conflitantes? Se a propriedade emerge como mecanismo para dar segurança às pessoas, tanto na esfera de políticas públicas quanto no plano jurídico, o diálogo para modelar as escolhas não podem afastar aspectos econômicos dados os custos sociais que possam ser criados.

De certa forma é o que se pretendeu no texto acima. Se a definição clara e inquestionável da titularidade de posições jurídicas, das quais a propriedade imobiliária é das mais relevantes, direito de primeira geração, a opção política foi pelo respeito aos povos indígenas, uma espécie de retorno ao pré-descobrimento/colonização do país.

O respeito à exigência de posse continuada é elemento essencial na discussão de reconhecimento de reservas indígenas, que estudos antropológicos apenas complementariam. A combinação da razão econômica com a modelagem de regras jurídicas permite estruturar regras que tanto preservem a tradição quanto não inibam a melhor utilização, a mais racional, dos bens escassos, começando-se com a propriedade imobiliária. Custos de transação que afetem negativamente a sociedade devem ser reconsiderados.

REFERÊNCIAS

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard**

Law Review, v. 85, p. 1089, april. 1972.

DE SOTO, Hernando. How to win the war on terror. **Project Syndicate**, jan. 2016. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/onpoint/how-to-win-the-war-on-terror-by-hernando-de-soto-2016-01>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. **The other path: the invisible revolution in the third world**. New York: Harper & Row, 1989.

DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. **American Economic Review**, Pittsburgh, PA, n. 57, p. 347-359, may, 1967.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. **Science**. v. 162, n. 3859, dec. 1968, p. 1243-1248.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. St Louis: Cambridge University Press, 1990.

STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago Law School, v. 35, n. 2, p. 455-468, oct. 1992.

Como citar: SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: direito de propriedade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.10-27, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p10. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 29/02/2016

Aprovado em 19/04/2016

**PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: O CASO
DA EXPANSÃO DOS DEVERES DE
COLABORAÇÃO DO CONTRIBUINTE**
THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE
IN TAX LAW: EXPANDING THE
COLLABORATION DUTIES OF
TAXPAYERS

Paulo Caliendo*

Como citar: CALIENDO, Paulo. Princípio da subsidiariedade em matéria tributária: o caso da expansão dos deveres de colaboração do contribuinte. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.28-50, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p28. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). E-mail: p.caliendo@terra.com.br.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar e verificar os limites de imposição de deveres acessórios aos contribuintes. Quais os limites e as possibilidades de imposição de deveres de colaboração? Pretende-se demonstrar que deve ser aplicado o princípio da subsidiariedade em matéria tributária, especialmente como um limite ao poder de impor obrigações tributárias acessórias.

Palavras-chaves: Direito Tributário; princípio da subsidiariedade; deveres de colaboração do contribuinte.

ABSTRACT: This paper aims to verify the limits for enforcing accessory duties of taxpayers. What are the limits and the possibilities of enforcing a duty of collaboration? This study intends to demonstrate that the subsidiarity principle needs to be applied when dealing with tax matters and it should be used as a limit for imposing accessory tax obligations.

Keywords: Tax Law; subsidiarity; the duty of the taxpayer in cooperating.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende responder à seguinte indagação: vigora no Direito Constitucional brasileiro o princípio da subsidiariedade? Desta indagação principal podemos igualmente questionar se vigora o princípio da subsidiariedade em matéria tributária. Qual o seu conceito, importância e eficácia?

1 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Em nosso entendimento o princípio da subsidiariedade implica na assunção de que deve existir uma ordenação entre os meios passíveis de serem utilizados para se alcançar os fins determinados na Ordem Constitucional. Não basta o meio escolhido ser adequado, tal como no princípio da proporcionalidade. Ele deve ser o mais adequado. Assim, se o fim a ser alcançado é a solução de problemas no fornecimento de bens e serviços públicos para o cidadão, nada melhor que tentar encontrar soluções o mais próximo possível do interessado. Trata-se de uma solução eficiente, visto que uma solução próxima *pode* ser mais consistente, por determinar diretamente o problema junto ao cidadão e menos custosa, visto que não existem muitos graus de decisão ou uma menor burocracia entre o poder decisório e o beneficiário das políticas públicas.

1.1 Conceito

O termo subsidiariedade tem sua origem na filosofia, especialmente na tradição grega e em Dante Alighieri, mas será com a Encíclica *Quadragesimo Anno*, elaborada pelo Papa Pio XI, que surgiu

a sua formulação moderna, para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada. Aquele importante princípio, que não pode ser desprezado ou mudado, permanece fixo e inabalável na filosofia social: Como não se pode subtrair do indivíduo e transferir para a sociedade aquilo que ele é capaz de produzir por iniciativa própria e com suas forças, assim seria injusto passar para a comunidade maior e superior o que grupos menores e inferiores são capazes de empreender e realizar. Isso é nocivo e perturbador também para toda a ordem social. (PIO XI, 1931).

Qualquer atuação social é subsidiária, de acordo com a sua natureza e seu conceito. Cabe-lhe dar apoio aos membros do corpo social, sem os destruir ou exaurir. [...] Quanto mais fiel for o respeito dos diversos graus sociais através da observância do princípio de subsidiariedade, tanto mais firmes se tornam a autoridade social e o dinamismo social e tanto melhor e mais feliz será o Estado (PIO XI, 1931).

João Paulo II também desenvolve o princípio de subsidiariedade, dizendo que uma comunidade de ordem mais elevada não deve interferir na vida interna de uma comunidade de ordem inferior, privando-a de suas funções, porém deve sustentá-la em caso de necessidade e ajudar a coordenar sua atividade com as atividades dos demais membros da sociedade, sempre com vistas ao bem comum. (JOÃO PAULO II, 1991).

A noção de subsidiariedade em sentido filosófico se fundamenta em três pilares gerais:

i) a existência de indivíduos considerados como portadores de um estatuto de dignidade inalienável (direitos humanos) e oponível contra terceiros, contra o Estado ou contra a coletividade;

ii) as formações entre indivíduos ou coletividades possuem autonomia no limite de sua capacidade;

iii) existe uma primazia das soluções pelas entidades coletivas menores em relação às entidades maiores, que somente deveriam atuar em caráter subsidiário.

Esta noção foi incorporada na doutrina e no Direito Europeu no Artigo 5.º (3.º-B), do Tratado CE, bem como no décimo segundo considerando do preâmbulo do Tratado de Lisboa. Este comando é nominado como princípio da subsidiariedade no Direito Europeu, tal como podemos ler no Preâmbulo do Tratado da União Europeia, que determina da seguinte forma:

RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos de acordo como princípio da subsidiariedade,

Artigo 5.

[...] Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo como **princípio da subsidiariedade**, se e na medida em que os objectivos da acção prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário (UNIÃO EUROPÉIA, 2000, p. 16) (grifo nosso).

O princípio da subsidiariedade é entendido igualmente como uma forma de proteção da diversidade nacional na União Europeia (*principle to protect diversity*). A ideia de proteger a diversidade na unidade é bem definida na divisa da União: “unida na diversidade” (*united in diversity*). Nota-se, portanto, que o princípio da subsidiariedade está no mesmo nível da integração e da homogeneidade (*principles of*

integration and homogeneity).

Tal moto preconiza a devida distância entre duas soluções a serem evitadas: uniformidade ao invés de harmonização; homogeneização ao invés de pluralismo e integração direcional ao invés de tolerância com as autonomias nacionais. De outro lado, se pretende evitar igualmente a desintegração, fragmentação ou flexibilização extrema.

O Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias decidiu que antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, o princípio de subsidiariedade não constituía um princípio geral de direito comunitário e nem se constituía em um critério jurídico para apreciação da legitimidade dos atos comunitários (UNIÃO EUROPÉIA, 2000).

O princípio da subsidiariedade estabelece que uma determinada autoridade local deva possuir autonomia perante uma entidade central, determinando uma repartição de competências com preferência pela solução mais próxima ao cidadão. São condições para aplicação do princípio da subsidiariedade:

1. Não implicar na invasão de competência exclusiva da Comunidade;
2. Tratar de competência que não pode ser adequadamente realizada pelos níveis locais ou regionais, bem como pelos Estados-membros;
3. Tratar-se de competência que pode ser eficientemente realizada por meio de uma intervenção da Comunidade.

O princípio da subsidiariedade possui duas eficácias claras: como limitação de competência discrimina as competências definidas pelo Tratado para a Comunidade e para os Estados-Membros e como exclusão de competência impede a atribuição de qualquer competência. Trata-se de um princípio que se aplica para modular a aplicação da

distribuição de competências nos domínios que sejam partilhados entre as duas esferas, mas não se aplica às competências exclusivamente comunitárias ou exclusivamente nacionais.

Não há, contudo, no direito comunitário uma interpretação unívoca sobre este princípio, pois ainda persistem diferentes interpretações sobre o mesmo e sobre como conciliar os objetivos do tratado e os interesses nacionais, na busca de garantir aos cidadãos o direito de ter uma solução mais aproximada possível do seu problema.

Trata-se, contudo, de um princípio com caráter vinculante, submetido a controle e proteção pelo Tribunal de Justiça, mas que não pode, contudo, impedir o exercício das competências exclusivamente comunitárias, nem tampouco implicar em uma fragilização do acervo comunitário.

Este princípio passou a ser condutor de todas as decisões das instituições comunitárias e não apenas a discriminação geral entre o nível dos Estados-Membros e o nível comunitário. Disciplina a conduta da Comissão, do Conselho e do Parlamento, de tal modo que os seus procedimentos internos são verificados em sua conformidade com subsidiariedade, quer na escolha dos meios, quanto dos fins comunitários. Deve ainda a Comissão apresentar um relatório anual sobre o respeito do princípio da subsidiariedade.

O princípio foi igualmente incorporado no texto constitucional de Portugal como diretriz na condução das relações externas do país: “Artigo 7.º - Relações internacionais: [...] 6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da **subsidiariedade** [...]” (PORTUGAL, 1974, p. 2) (grifo nosso).

A Itália, por sua vez, destacou em seu texto constitucional

o objetivo de ampliar a autonomia e a descentralização político e administrativa:

Art. 5. La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento (ITÁLIA, 1947, p. 1).

1.2 Como identificar princípios implícitos em nosso sistema constitucional

A primeira grande questão é: o sistema constitucional brasileiro adotou este princípio? De forma explícita não. Teria adotado de modo implícito? E qual seria a eficácia de um princípio implícito em nosso sistema? Como identificamos princípios implícitos?

Não existe um critério hermenêutico claro que nos indique a presença de poderes ou limitações implícitas no texto constitucional. A teoria dos poderes implícitos foi utilizada nos Estados Unidos, em 1819, no caso *McCulloch vs. Maryland*. No caso entendeu-se que havendo poderes explícitos conferidos para realizar algo, existiriam poderes implícitos que permitiriam a sua eficácia. Desta teoria se deduz que os poderes implícitos i) não podem contrariar poderes expressamente previstos; ii) devem guardar coerência com os poderes explícitos e iii) objetivam reforçar o sistema de poderes existentes.

O mesmo poderíamos deduzir das limitações implícitas. Estas não podem reduzir a eficácia e catálogo de direitos existentes e devem possuir coerência material com o sistema expresso de limitações

constitucionais.

Assim, poderíamos encontrar no texto constitucional autorização para afirmar que existe um princípio constitucional da subsidiariedade, derivado da abertura material do art. 5º. § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros **decorrentes do regime e dos princípios** por ela adotados [...] (grifo nosso)”). Cremos que sim. Podemos deduzir o princípio da subsidiariedade política do regime federativo. Assim vejamos.

O princípio da subsidiariedade política é aquele que prima pela prevalência de ações políticas descentralizadas. Este caso difere da subsidiariedade econômica e social, que privilegiam soluções privadas às soluções intervencionistas do Estado. Tratemos somente do caso da subsidiariedade política neste artigo.

O federalismo brasileiro inovou ao estabelecer uma forma federada com a participação de três níveis federais: União, Estados e Municípios, conforme o art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

A autonomia dos entes federativos está assegurada no art. 18 da CF/88, que determina que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Em diversas matérias o texto constitucional garantiu a possibilidade de legislação concorrente, ou seja, de uma distribuição comum de competências constitucionais. Assim, determina o art. 24 da CF/88:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - **direito tributário, financeiro**, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...] IV - **custas dos serviços forenses**; [...] X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - **procedimentos em matéria processual**; XII - **previdência social**, proteção e defesa da saúde; [...]. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (grifo nosso).

É justamente no âmbito do regime das competências concorrentes que a doutrina passou a reconhecer o princípio no Direito Constitucional brasileiro (SOUZA, 2010), dentre os precursores desse entendimento podemos citar: Raul Machado Horta (1964) e Sílvia Faber Torres (2001). No campo dos debates sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no Direito Tributário e Financeiro não encontramos essa menção explícita. Tal situação talvez decorra de dois fenômenos distintos e próprios do debate doutrinário na área tributária.

De um lado, a presença de um consenso doutrinário de que o sistema constitucional tributário está e deve estar assentado sobre uma rígida repartição de competências, sob a égide da segurança jurídica e seus corolários (legalidade estrita, tipicidade, irretroatividade, anterioridade, entre outros). Assim, a possibilidade de sobreamentos de competências ou mesmo de áreas de conflitos são muito mal vistos como soluções institucionais desejáveis. Quanto a este ponto entendemos que o princípio da subsidiariedade é justamente um princípio sobre solução de conflitos de competências, que determina que na dúvida sobre o meio a ser utilizado determina que na distribuição de competências deva ser privilegiada a

solução mais descentralizada ou próxima ao cidadão.

O princípio da subsidiariedade deve ser levado em conta necessariamente pelo art. 146 da CF/88, que determina que cabe à lei complementar: “I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Melhor dizendo, deve dispor respeitando as soluções que melhor alcancem o propósito tentar encontrar soluções mais próximo possíveis do interessado. Infelizmente esta lei complementar ainda não existe.

Por sua vez a competência dos municípios está vinculada a noção de interesse local e de complementariedade à legislação federal e estadual, conforme o art. 30 da CF/88, assim: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber.”

Não existem expressamente no Direito Constitucional brasileiro, infelizmente, dois princípios fundamentais ao Direito Comunitário Europeu: sustentabilidade e subsidiariedade. O primeiro determina que o texto constitucional estabelece tarefas (políticas públicas), mas ao mesmo tempo impõe que a mesma norma deve dotar a federação dos meios necessários para alcançar os objetivos almejados. De outro lado, não há explicitamente o princípio de que o federalismo cooperativo nacional deva estar alicerçado na ideia de subsidiariedade, com reforço da noção de municipalismo. O municipalismo deve ser entendido como a versão nacional do princípio da subsidiariedade aplicado à prevalência do interesse local como sendo o interesse mais próximo do cidadão.

O texto constitucional determina que os Municípios devem possuir autonomia perante a entidade central e estadual, contudo, este ditame está sendo claramente desrespeitado no caso brasileiro pela concentração de receitas na União e pelas transferências de competências

administrativas e responsabilidades públicas para os Municípios.

De outro, apesar do texto constitucional não adotar explicitamente o princípio da subsidiariedade, ele pode ser reconstruído a partir de uma leitura que combine o princípio da eficiência e da promoção da dignidade da pessoa humana com a competência determinada aos Municípios para a solução dos interesses locais, ou seja, determinando uma repartição de competências com preferência pela solução mais próxima ao cidadão.

Trata-se de uma tarefa urgente a defesa do federalismo brasileiro por meio da luta pelo municipalismo, da sustentabilidade federativa e da aplicação do princípio da subsidiariedade no Direito nacional.

Cabe destacar, contudo, que a interpretação constitucional brasileira orientou-se preocupantemente em direção ao um modelo centralizador. Tal situação transparece com clareza no tratamento dado às Constituições estaduais, que foram gradativamente tendo as suas atribuições reduzidas a ponto de versarem tão somente sobre questões menores.

Tal situação foi bem estudada por Carlos Bastide Horbach (2001) que alerta para as reiteradas decisões onde se exige o cumprimento de regras federais, bem como submetendo o poder constituinte do estado membro a suas orientações. No caso citado levantava a exigência de cumprimento das regras do processo legislativo federal.

As Constituições estaduais têm um âmbito de competência tão reduzido de atuação que poderiam ser consideradas quase que desnecessárias, quase como constituições semânticas, sem qualquer influência normativa relevante.

De outra parte, a noção de subsidiariedade é praticamente confundida como secundária ou suplementar, no sentido da competência para legislar na ausência de normas gerais federais, no sentido dos artigos

24, § 2º (“a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”) e art. 30 (“compete aos Municípios: [...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”) da CF/88.

Desse modo, no modelo brasileiro o princípio da subsidiariedade ficou reduzido em face da prevalência do interesse nacional, expressa na amplitude do conjunto de competências privativas da União, abarcando praticamente todas as matérias de relevância. As competências concorrentes estaduais e municipais restringiram-se a uma legislação secundária ou “decorrente” (SOUZA, 2010, p. 274).

Em conclusão podemos afirmar que o sistema constitucional brasileiro adotou uma versão mitigada do princípio da subsidiariedade, onde por um lado se afirmou a natureza cooperativa do federalismo brasileiro, a adoção de competências concorrentes e a consagração dos Municípios a entes federados e por outro lado, a prevalência das competências privativas da União, das normas gerais e do interesse nacional.

2 DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Apesar de sua inquestionável importância o princípio da subsidiariedade recebeu pouca ou quase nenhuma atenção pela doutrina nacional. A sua relevância tem sido claramente ofuscada pelos princípios da estrita legalidade, repartição rígida de competências, tipicidade cerrada, separação dos poderes, dentre outros. Estes têm sido considerados como eficientes proteções contra o abuso fiscal, enquanto que o princípio da subsidiariedade tem sido mal-entendido e mesmo evitado como forma

de definição dos limites às competências tributárias.

Não existe um setor onde exista maior centralização de competências federais do que no âmbito tributário, com a excessiva concentração de receitas tributárias na União, com excessivas competências para instituir contribuições sociais, interventivas, impostos, taxas, empréstimos compulsórios e outras formas de cobranças. O princípio da subsidiariedade aparece neste campo muito mais do que mitigado, quase praticamente como um mecanismo de vedação ao excesso por parte do poder concentrador da União.

É objetivo deste trabalho demonstrar que este princípio auxilia na solução de conflitos de competências tributárias, especialmente em casos onde existe sobreposição de competências, pelo uso do modelo de competências concorrentes ou comuns. Nestes casos, a existência de um conflito não encontra um critério claro de solução. Em nosso entender o princípio da proporcionalidade, da sustentabilidade e da subsidiariedade são os mais indicados para a tarefa.

O federalismo e o próprio princípio da subsidiariedade devem ser medidos *in concreto* conforme o grau de autonomia conferido pelo ordenamento às ordens estaduais e municipais. No caso brasileiro podemos notar que esta atribuição de competências é consideravelmente reduzida.

Um dos exemplos dessa limitada atribuição pode ser encontrado no art. 146, parágrafo único que trata do regime simplificado de arrecadação e determina que a lei complementar “também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e das contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observando que: [...] II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado”.

Desse modo, o princípio da subsidiariedade em matéria tributária é incapaz de estabelecer um regime geral de descentralização administrativa ou desconcentração política, possuindo principalmente a eficácia de uma espécie de cláusula de correção ou de ajuste (efeito de barreira), impedindo um tratamento excessivamente concentrador.

2.1 Definição

José Alfredo Baracho em uma das primeiras obras nacionais sobre o assunto alerta sobre a dificuldade no estabelecimento de uma definição sobre a subsidiariedade (BARACHO, 1995). Este pode receber diversas acepções, tais como:

i) valor constitucional como fim constitucional a ser alcançado, ou seja, como proteção máxima possível da autonomia individual ou social perante o Estado ou dos entes subnacionais perante os poderes centrais;

ii) como norma de descentralização política, administrativa ou tributária;

iii) como princípio de resolução de conflitos constitucionais, como norma de interpretação de outras normas constitucionais, especialmente aquelas que versam sobre a repartição de competências tributárias;

iv) como limitação constitucional ao poder tributário no sentido de conter ou restringir a intervenção estatal;

O princípio da subsidiariedade implica na assunção de que na adequação entre os meios utilizados e os fins práticos a serem alcançados na esfera político-administrativa deve-se dar preferência às escolhas fático-normativas que protejam ou promovam as soluções mais

próximas ao cidadão ou que possuam maior descentralização político-administrativa.

Como bem observa José Alfredo Baracho “[...] a subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de Direito Constitucional [...]” (BARACHO, 2000, p. 26). O seu conteúdo material está em garantir tanto a descentralização política e administrativa.

2.2 Eficácia do Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade possui duas dimensões em sua eficácia (QUADROS, 1995, p. 18):

- a) eficácia negativa ou de barreira, como limite à intervenção estatal injustificada. Parte-se do pressuposto de que a prioridade de ação é baseada na ideia de espontaneidade e autonomia, de tal modo que devem ser protegida as ações livres onde a instância inferior ou individual possua capacidade para atuar espontaneamente sem interferência superior ou estatal; e
- b) eficácia positiva ou interventiva, como proteção do bem comum e do interesse público por meio de estímulo ou suplementação das ações da instância inferior, que se mostrou insuficiente em sua espontaneidade e autonomia em atingir por seus próprios meios os seus fins almejados.

Conforme Fausto Quadros (1995) a escolha entre autonomia e intervenção deve ser realizada sob a égide do princípio da eficiência. A instância superior pode ser considerada mais adequada quando for

mais eficiente para atingir os objetivos almeçados. O liberalismo puro considera somente a eficácia negativa como eficiente, enquanto que o intervencionismo puro considera prioritariamente a ação estatal como virtuosa. Uma visão moderada deve ser guiada pela noção de eficiência, com preferencial ela espontaneidade e autonomia, na busca do equilíbrio entre liberdade e autoridade.

A intervenção do nível superior geralmente pode ser considerada mais adequada quando (SOUZA, 2010):

a) o nível superior for apropriado para resolver um problema que pela sua complexidade, extensão, abrangência ou dificuldade exija meios que não podem ser suportados por uma ação inferior;

b) quando forem necessárias medidas uniformes com vista a manutenção de outros valores, tais como a igualdade de tratamento ou soluções coerentes para situações idênticas;

c) como corretivos para desvios ou abusos na esfera inferior ou como proteção horizontal contra danos a terceiros.

2.3 Princípio da Subsidiariedade e a solução de conflitos constitucionais

Apesar da limitada aplicação concreta do princípio da subsidiariedade, seria um erro descartá-lo como desprovido de importância. Sua relevância estaria como limitador aos excessos de um Estado demasiadamente centralizador. Contudo, outro erro deve ser evitado no estudo dos conflitos constitucionais. É equivocado afirmar que o país vive um Estado Permanente de Ponderação, com ausência de segurança sobre a hierarquização axiológica fundada pela CF/88, enxergando em cada conflito principiológico um momento de ponderação de princípios e regras.

Igualmente seria falso afirmar-se que a ponderação possui um papel menor na interpretação sistemática. Inúmeros exemplos poderiam ser citados, para contrariar este entendimento: o julgamento sobre a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos, cotas sociais e raciais, entre tantas outras. Poderíamos alegar que estas decisões são equivocadas, mas nunca que elas não são fruto de uma nova forma de interpretação constitucional.

Outro questionamento errôneo é sobre o método mais importante na interpretação sistemática no constitucionalismo: a subsunção ou a ponderação? Novamente impõe-se uma falsa questão que permite qualquer resposta. Tanto a subsunção, como proteção da hierarquização axiológica original, quanto a ponderação como forma de re-hierarquização axiológica são fundamentais sob o constitucionalismo, desde que respeitem os seus princípios fundamentais, as cláusulas pétreas e os limites ao poder de reforma constitucional. O constitucionalismo utiliza o binômio hierarquização (subsunção) e re-hierarquização (ponderação) como forma de manutenção do *consensus* constitucional original de uma sociedade complexa e plural em um mundo dinâmico e em transformação.

A Corte Constitucional Alemã (*BVerfG*), por exemplo, faz uso do interessante “método de concretização do ordenamento axiológico” (*Methode Konkretisierung einer Wertordnung*) para encontrar soluções conforme a Constituição a partir de enunciados abstratos ou gerais (*abstrakten Sätzen*) previstos no texto constitucional (HONSELL, 2009, p. 1689).

O princípio da subsidiariedade encontra seus fundamentos justamente na concretização axiológica.

2.4 Análise de caso: o caso da expansão dos deveres de colaboração do contribuinte

Assistimos uma expansão desenfreada de novas obrigações acessórias e deveres do contribuinte sob a égide de um pretenso “dever geral de colaboração” do contribuinte para com o fisco. Não cremos que a medida para a exigência de novas responsabilidades do contribuinte seja uma abstrata capacidade cooperativa do contribuinte. Até onde iria esta capacidade de colaboração? Cremos que o enfoque está evidentemente distorcido.

Devemos questionar até aonde possui o poder fiscal competência para impingir novos deveres ao cidadão? Não existe no nosso sistema uma cláusula geral que autoriza a restrição de direitos fundamentais, sem previsão legal (art. 5º: “[...] II - ninguém será **obrigado** a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**;”) (grifo nosso).

Somente serão admissíveis restrições de direitos fundamentais expressamente previstas no ordenamento constitucional. Nem a restrição de direitos e nem o aumento de responsabilidades (obrigações) pode ser deduzido de princípios implícitos, tais como: capacidade colaborativa, solidariedade, função social do tributo ou deveres anexos da obrigação tributária.

Assim pelo contrário, se existe um princípio implícito aplicável, em decorrência do regime e princípios do nosso sistema constitucional, este determina que os meios utilizados devem ser os menos gravosos ao cidadão-contribuinte. Se um procedimento puder ser realizado eficientemente pelo Estado não há porque transferir este ônus para o contribuinte. A imposição das obrigações acessórias deve obedecer igualmente ao princípio da proporcionalidade, concomitantemente com

o princípio da subsidiariedade. Haverá uma aplicação multidimensional dos princípios, onde cada um deles desempenhará um critério de controle distinto. O princípio da subsidiariedade trata especialmente dos fins permitidos pela norma e este será o primeiro teste normativo. Havendo dúvida sobre os fins perseguidos pela norma esta deverá ser sempre interpretada no sentido de proibição de restrições a direitos fundamentais do contribuinte que não tenham sido expressamente autorizadas em lei.

O princípio da proporcionalidade irá proceder o controle sobre a congruência entre meios e fins. Os meios utilizados deverão ser adequados, necessários e razoáveis, sendo vedado o excesso ou sua insuficiência. É proibida a imputação de obrigações acessórias ou deveres formais excessivos. Igualmente determina o critério da necessidade que se uma informação estiver disponível na Administração Tributária não há razão jurídica para se impor este ônus de fornecimento ao contribuinte.

Se existir um princípio colaborativo este é fundamentalmente dirigido à contribuição do Estado em favor do cidadão e não o contrário. Os deveres de cooperação não possuem eficácia direta, somente as limitações constitucionais possuem.

O núcleo essencial do princípio da subsidiariedade decorre da valorização axiológica da solução próxima ao cidadão. Desse modo cabe à Administração Tributária encontrar soluções mais adequadas, razoáveis e menos onerosas ao cidadão-contribuinte.

CONCLUSÃO

O Princípio da Subsidiariedade determina as regras fundamentais na distribuição de poder e competências, tendo por assunção a adequação entre os meios utilizados e os fins práticos a serem alcançados na esfera

político-administrativa deve observar obrigatoriamente a solução mais próxima ao cidadão.

Este princípio possui duas dimensões em sua eficácia: a) eficácia negativa ou de barreira, como limite à intervenção estatal injustificada e b) eficácia positiva ou interventiva, como proteção do bem comum e do interesse público por meio de estímulo ou suplementação das ações da instância inferior.

O Sistema Constitucional Tributário veda a restrição de direitos fundamentais sem expressa previsão legal. Desse modo, a restrição de direitos e o alargamento de obrigações fiscais acessórias não pode ser deduzida de princípios implícitos, tais como: capacidade colaborativa, solidariedade, função social do tributo ou deveres anexos da obrigação tributária.

O princípio da proporcionalidade exige que o meio a ser utilizado deva ser o mais adequado e necessário, implicando que estes devam ser os menos gravosos ao cidadão-contribuinte. Se um procedimento puder ser realizado eficientemente pelo Estado não há porque transferir este ônus para o contribuinte. Se existir um princípio colaborativo este é igualmente dirigido à contribuição do Estado em favor do cidadão e não o contrário. Os deveres de cooperação não possuem eficácia direta, somente as limitações constitucionais possuem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

_____. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução.

Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 abr. 2016.

HONSELL, Heinrich. Wächter oder Herrscher. **Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik**. Heft, v. 36 n. 4, September 2009. p. 1689.

HORBACH, Carlos Bastide. **Administração pública e democracia representativa**. Porto Alegre, 2001. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ITALIA. Constituição (1947) **Constituição da República Italiana**. Roma, IT, 1947. Disponível em:< <http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-da-italia-de-1947.html>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta Encíclica Centesimus Annus**, 1991. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 11 mar. 2016.

PIO XI, Papa. **Encíclica Quadragesimo Anno**, 1931. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html. Acesso em: 17 mar. 2016.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, PT, 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art7>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. **A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo**. Brasília: Senado Federal, Sub-secretaria de Edições Técnicas, 2010.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratados consolidados**: carta dos direitos fundamentais. Luxemburgo, 2010.

Como citar: CALIENDO, Paulo. Princípio da subsidiariedade em matéria tributária: o caso da expansão dos deveres de colaboração do contribuinte. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.28-50, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p28 ISSN: 2178-8189.

Submetido em 23/08/2016

Aprovado em 07/04/2016

**O ESTADO E A ATUAÇÃO EM
PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL
NO DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES
DE INTERESSE PÚBLICO**

THE STATE AND ITS PARTNERSHIP
WITH CIVIL SOCIETY IN THE
DEVELOPMENT OF ACTIONS OF
PUBLIC INTEREST

Luiz Fernando Zen Nora*
Paulo Roberto Colombo Arnoldi**

* Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Especialista em Gestão de Projetos com Formação para o Magistério Superior, na Área de Administração de Empresas pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). E-mail: lfzen10@gmail.com.

** Livre-docente da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). E-mail: colomboarnoldi@yahoo.com.br.

Como citar: NORA, Luiz Fernando Zen; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O Estado e a atuação em parceria com a sociedade civil no desenvolvimento de ações de interesse público. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.51-80 jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p51. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: Face às crises frequentes sofridas pelos Estados Nacionais, este artigo realiza uma reflexão sobre o papel do Estado atual frente à uma nova dinâmica econômica e social de maior vontade de participação pela sociedade civil nas ações de interesse público. Visando cortar custos, cumprirá ao Estado reduzir o tamanho da máquina pública, que em muitos casos apresenta baixa eficiência. Para tanto, deverá repensar seu papel de

“executor” para “fomentador” das ações, ao mesmo tempo em que precisará garantir o bom funcionamento das diversas formas de parcerias com o particular. Conclui-se, a partir da pesquisa bibliográfica realizada, que a relação público-privada deverá tomar uma nova feição, na qual o público utiliza instrumentos privados de gestão e o privado assume cada vez mais um papel responsável em relação à comunidade. Caberá ao Estado se abrir para novas formas de participação da sociedade e, por meio da governança, estabelecer novas formas de agir e coordenar as ações em parceria, desempenhando também um papel fiscalizador, de forma a garantir que seus contratos sejam bem cumpridos.

Palavras-chave: Governança pública; parcerias público-privada; Estado pós-moderno.

ABSTRACT: Given the frequent crises that countries suffer, this study provides a reflection on the current role of the State and analyzes the new economic and social dynamics that has had major participation of civil society – especially, in the actions relating to public interest. Nevertheless, the State also needs to reduce the size of its public machine, which is nowadays expensive and in most cases, inefficient. Therefore, the State must rethink its role as an “executor” to a

“developer” when it comes to its actions and ensure the correct functioning of its various forms of partnerships, which it has with the private sector. Using the literature method, this study concludes that the public-private relationship needs to be seen from a new perspective, in which the public sector utilizes private management tools and the private sector partakes in a more responsible role within the community. However, the State, by using its governance, can establish new ways of acting and coordinating these measures in partnership with civil society; thus, it assumes a supervising position to ensure the completion of these contracts.

Keywords: Public governance; public-private partnerships; post-modern State.

INTRODUÇÃO

Face às crises frequentes sofridas pelos Estados Nacionais, este artigo realiza uma reflexão sobre o atual papel do Estado frente à uma nova dinâmica econômica e social, trazida especialmente em função da globalização, fim do Estado de Bem-Estar social e também pelo neoliberalismo imperante na economia. De forma mais abrangente e sucinta, verifica-se nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 605):

São, com efeito, problemas emergentes – como os suscitados pela exploração das comunicações, pela globalização, pela competição interna e externa por mercados, por recursos e por cérebros, pela crescente resistência social ao aumento de tributos e pelo despertar das massas para a participação política – que não encontram respostas nos aparelhos políticos de Estado herdado do século findo, com seus remanescentes novecentistas.

Diante de novos e velhos desafios, especialmente a redução de recursos e o excesso de burocracia, para a manutenção da governabilidade cumpre aos administradores públicos repensarem suas formas de gestão, especialmente aumentando seu relacionamento com a sociedade civil de modo a aproveitar as potencialidades surgidas desta relação.

Este artigo procura verificar a possibilidade e necessidade de uma mudança da visão dicotômica que separa a sociedade civil do Estado e, especialmente, o público do privado visando proporcionar maior eficiência à ação estatal com o compartilhamento de suas ações com o setor privado. Com isso desenvolve-se a compreensão de que o “interesse público” também pode ser um objetivo de ações realizadas

por entidades privadas, lucrativas ou não, muitas vezes em parceria com a administração pública.

O Estado está diante de uma dinâmica social na qual a lógica do mercado tem um papel considerável e o mais importante é atuar ao lado um do outro, em parcerias. Isso significa dizer que é imperativo a construção de uma interação real entre a gestão pública, o setor privado e a sociedade civil organizada. O *new public management* surge como resposta para várias questões como a reforma, a modernização, a lógica dos resultados, assim como a participação de diferentes atores sociais no processo de elaboração das políticas públicas (SILVA, 2008, p. 86).

Para esta aproximação entre o público e o privado na realização de ações para o interesse comum, ganha destaque a discussão sobre a necessidade do estabelecimento de novas formas de parcerias que possam garantir a efetividade dos processos. Faz-se necessário que exista uma nova forma de relacionamento mais horizontal e melhor contratada, no sentido das especificações das ações e responsabilidades de cada entidade, bem como maior fiscalização os contratos, partindo-se para uma lógica de focar nos resultados e não deixar que os processos, ou seja a burocracia, atrapalhe a persecução das metas principais de cada ação no sentido de realmente atender o interesse público.

1 A DICOTOMIA ESTADO E SOCIEDADE CIVIL

Atualmente o Estado deve se adaptar para enfrentar as crises

de governabilidade, especialmente das advindas crises econômicas cada vez mais frequentes, haja vista o momento de depressão que teve início em 2008, entre outras.

Em tempos de crise fica evidente a dicotomia entre sociedade civil e Estado, uma vez que aumentam as necessidades e as demandas sociais, porém as instituições estatais já não conseguem dar uma resposta satisfatória em função da conseqüente queda da arrecadação de tributos que limita sua capacidade de investimento no social. De acordo com Norberto Bobbio (2014, p. 36) “o contraste entre sociedade civil e Estado põe-se então como contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas”.

Dentro deste viés dicotômico, pode ser observada ainda uma relação axiológica na qual, dependendo da situação, verifica-se que um polo se sobrepõe ao outro, como exemplo, ao valorizar a propriedade privada sobre o interesse do próprio Estado - o que hoje pode se traduzir no Brasil no excesso de proteção ao patrimônio privado impondo dificuldades para a desapropriação de terras pelo Estado para a reforma agrária ou mesmo para a construção de uma creche -, ou ao supervalorizar o público em relação à autonomia privada - especialmente em relação ao controle das questões econômicas pelo Estado no modelo de Estado de Bem-Estar Social¹.

Desta maneira dicotômica, pode-se observar o contraste entre os tipos de Estado da modernidade: o Estado Liberal, cujo primado do privado requer o Estado mínimo, deixando as questões econômicas à mercê das regras de mercado, e o Estado de Bem-Estar Social, baseado

¹ Observa-se que o Estado de Bem-Estar Social, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2014, p. 9), também foi chamado de Estado Social, Estado Providência, Estado do desenvolvimento e Estado Social de Direito, “nele o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.”

no intervencionismo estatal para a promoção do desenvolvimento econômico e social do país.

Assim, na história mais recente houve uma alternância de modelos de Estado em função das necessidades econômicas e preponderâncias políticas de cada momento. No Estado Liberal houve a ascensão da burguesia e a necessidade de um Estado que permitisse o avanço de sua ideologia, ou seja, uma maior liberdade ao indivíduo para poder negociar e também a proteção à propriedade privada. Porém, o excesso de liberdade em relação à propriedade privada provocou um grau muito alto de disparidades sócio econômicas, o que terminou por gerar uma grande crise.

A partir da crise do Estado Liberal surge, principalmente com a teoria de Keynes, o Estado de Bem-Estar Social, que deveria assumir o controle da economia e garantir direitos básicos aos cidadãos, tais como emprego, assistência médica, moradia e outros. Porém tais cuidados geraram uma máquina administrativa pesada e um alto preço a pagar, que se traduziu em uma alta carga tributária e o excesso de intervenções na economia, ou seja, um custo que se voltou contra os próprios cidadãos.

O Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade (DI PIETRO, 2015, p. 14).

Ocorre que com o avanço das tecnologias de transporte e

telecomunicações, que facilitaram o comércio entre países, cresceram as empresas multinacionais e transnacionais que passaram a dividir seus processos produtivos em países diferentes, aproveitando-se das “facilidades” oferecidas em cada local, buscando a redução do custo de produção e a obtenção de maiores vantagens no momento da comercialização, ou seja, a realização de mais lucro. Esse movimento da indústria em busca de locais mais vantajosos gerou uma certa volatilidade nos investimentos empresariais, que se deslocam na medida em que recebem maiores benefícios de outro local, impactando fortemente a economia dos países ou regiões dos quais o investimento é retirado.

Com o fortalecimento do poder de grandes grupos econômicos, mais uma vez as ideologias liberais voltam à tona e ressurgem o Estado liberal, agora chamado de Estado Neoliberal. Nesta nova fase ressurgem os estímulos para que os países se abram aos capitais externos viabilizando-se um grande fluxo financeiro mundial, de tal forma que a queda na bolsa em um país da Ásia afeta a economia dos outros países do mundo. Surge um mercado especulativo que cria bolhas de supervalorização das ações, que do dia para a noite caem e levam ao chão seus investidores e junto a economia de países inteiros!

Ademais, influenciando as ações estatais, surgem as comunidades de países, como a União Europeia - UE, cujos acordos passam a limitar a atuação dos governos e até mesmo sugerir medidas econômicas impopulares para a integração dos países com menores condições financeiras no bloco.

Como ciclos, novamente as crises econômicas retornam gerando a ingovernabilidade dos Estados que ainda são geridos de forma tradicional e burocrática. Daí a necessidade de mudanças, pois o Administrador Público perde sua legitimidade quando não age para

enfrentar as dificuldades e não assume suas responsabilidades em relação ao atendimento das necessidades básicas de seus “administrados” ou seja, seu povo. Ao não agir, a sociedade civil tende a retomar seu poder, buscando novas saídas, que tendem a gerar processos de mudança, que podem chegar ao nível institucional da organização estatal.

Estreitamente ligado ao tema da ingovernabilidade está o da legitimação: a ingovernabilidade gera crise de legitimidade. Também este tema pode ser traduzido nos termos da mesma dicotomia: as instituições representam o poder legítimo no sentido weberiano da palavra, isto é, o poder cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade à qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade; a sociedade civil representa o lugar onde se formam, especialmente nos períodos de crise institucional, os poderes de fato que tendem a obter uma legitimação própria, inclusive em detrimento dos poderes legítimos – o lugar onde, em outras palavras, desenvolve-se os processos de deslegitimação e de relegitimação (BOBBIO, 2014, p. 36).

Se o Estado já não consegue ter a eficiência necessária e perde sua legitimidade, tende-se a fortalecer a sociedade civil que vem cada vez mais se organizando na forma de grupos privados empresariais e também de associações não lucrativas, chamadas de entidades do terceiro setor, para não só exigir da gestão pública, mas também agir por si só, assumindo um papel responsável pelo desenvolvimento não só na economia, mas também em outras áreas, como saúde, educação, assistência social e meio ambiente. Assim, a própria comunidade vem buscando colaborar como parceira do Estado nos processos de reorganização estatal para garantir

o atendimento de suas necessidades.

Para o envolvimento da sociedade civil nas ações estatais, as administrações públicas devem se reestruturar e se adaptar à uma nova forma de gestão e compartilhamento de ações. Bobbio observa que o Estado contemporâneo vive uma *inter-relação entre ambos* e, para conseguir atingir seus fins, necessita agir através de *acordos e não da imposição de suas decisões*.

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social (BOBBIO, 2014, p. 27).

Nesse sentido, Moreira Neto (2014, p. 46) oferece um conceito para o Direito Administrativo, que se propõe a superar as visões políticas de administração pública incorporadas pelo Estado Liberal e pelo Estado de Bem-Estar Social, a primeira com uma tendência mais libertária e a segunda com um tendência mais igualitária, bem como procura expandir a compreensão monopolista do administrador público para uma visão pós-moderna, que promove o direito do administrado e o Estado como

parceiro da sociedade em busca do desenvolvimento que garanta os direitos fundamentais a todos, desta forma:

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa (MOREIRA NETO, 2014, p. 46)

Evidencia-se que os princípios da legalidade, legitimidade e moralidade condicionam, mas não limitam a “prossecução dos interesses públicos” na atuação finalística da administração pública. Desta maneira, segundo este autor, o direito administrativo passa a ressignificar o Estado “enquanto instrumento e parceiro da sociedade na funcionalização de seus direitos fundamentais” (MOREIRA NETO, 2014, p. 46).

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO

Ao ressignificar a compreensão do Estado pelo seu agir, deve-se também remodelá-lo em relação à sua estrutura jurídica para a institucionalização do novo modelo mais participativo. Para Di Pietro (2015, p. 14), diante das consequência negativas surgidas com o Estado de Bem-Estar Social - intervencionista e ineficaz para a solução dos problemas atuais - e do positivismo jurídico gerado pelo apego ao estrito

cumprimento da lei escrita, foi acrescentado à ideia de “Estado de Direito” o conceito de democracia, almejando-se uma maior participação popular no processo político, decisões do Governo e controle da Administração Pública, o que levou ao surgimento da expressão “Estado de Direito Social e Democrático”. Nessa nova concepção ocorre a humanização da ideia de “interesse público”, que passa a integrar os “valores considerados essenciais à existência de uma vida digna”. Já não basta a liberdade, se não houver dignidade.

Continua cabendo ao Estado diminuir as desigualdades sociais e buscar o bem-estar social para todos, porém, nesta nova visão democrática, o princípio da legalidade não pode ser identificado dentro de uma visão formalista, “vazia de conteúdo e eficácia”, mas passa a fazer referência ao ordenamento jurídico como um todo, contemplando inclusive os princípios, “independentemente de sua previsão expressa no direito positivo”.

Portanto, o interesse público deixa de ser entendido como o interesse do Estado, para efetivamente ser concebido como o interesse da sociedade, cuja defesa é justamente uma das funções precípuas do Estado, inclusive fazendo sua mediação dentre os diversos grupos sociais que o compõem. Eli Diniz (1996, p. 15) entende que o conceito de interesse público “deve refletir a operação eficiente das instâncias de agregação, onde se dá a compatibilização do leque diversificado e contraditório das demandas sociais.”

Nesse sentido, para Gustavo Justino de Oliveira (2006, p. 89), seria função do Estado a “harmonização da perspectiva do crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário”. Nessa linha, Moreira Neto defende que a legalidade restrita perde espaço para o surgimento da materialidade da democracia, que carrega consigo os

valores da legitimidade e moralidade. O Direito Administrativo está cada vez mais se constitucionalizando, como outros ramos do direito interno, o que tem produzido mudanças significativas, sendo chamado de neoconstitucionalismo, e elenca os seguintes aspectos:

1 – a *supremacia dos direitos fundamentais* constitucionais; 2 – a *força preceptiva das normas* constitucionais, sejam elas regras ou princípios; 3 – a *sobreinterpretação* da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; 4 – a *universalidade aplicativa* da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e 5 – a *orientação ética da Constituição*, com rigoroso respeito aos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu *ethos* democraticamente legitimado (MOREIRA NETO, 2014, p. 73, grifos do autor).

Não basta a administração seguir estritamente a lei, se não promove os direitos fundamentais e não consegue executar suas ações com a aprovação da sociedade civil, ou seja, dos administrados. Ou, pior, se seguindo a lei age de forma imoral em suas escolhas, através da discricionariedade, como por exemplo, priorizando a construção de um museu ao invés de um hospital em uma comunidade que não possui atendimento médico suficiente.

Para evitar decisões que o farão perder a legitimidade, o caminho seria abrir-se cada vez mais para a participação popular mais direta criando e aperfeiçoando instrumentos de gestão que permitam que isto aconteça de forma ordenada. A sociedade civil deseja cada vez mais a democracia não apenas representativa, mas também participativa e neste sentido, além de escolher seus representantes, quer contribuir na

definição das políticas públicas a serem implantadas e também participar de sua execução, em colaboração com a administração pública (MOREIRA NETO, 2014, p. 605).

Com isso é quebrada a dicotomia irredutível que separa o Estado da Sociedade civil que, segundo Sabino Cassese (2010, p. 84), ocorre no modelo tradicional polarizado, não apenas em função dos conflitos, mas também por serem regidos por regras diversas. A ideia comum surgida com o Estado de Direito e o avanço do direito administrativo, especialmente a partir de que o público somente pode agir de acordo com a lei, enquanto o privado pode agir somente limitado pelo que a lei proíbe, acabou por reforçar esta dicotomia e inclusive contribuiu para o desequilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que a lei passou a ser mais valorizada que a ação de governar.

A diferenciação entre o modelo de agir público, vinculado ao fim, e do agir privado, livre em seu fim e limitado pelo direito apenas externamente, também se formou de maneira lenta com a crise do estado patrimonial e com a afirmação da supremacia do Parlamento sobre a administração e, portanto, da lei sobre a atividade executiva (CASSESE, 2010, p. 85).

Com o fim desta visão dicotômica, o Estado deve abrir-se para um aumento do intercâmbio com a sociedade, no qual o Poder Público não apenas permite uma maior participação dos administrados, como também passa a utilizar, na medida do possível, as formas de gestão das empresas privadas, buscando praticidade, economicidade, eficácia e eficiência, através do foco nos resultados, que no caso das empresas é fundamental para sua sobrevivência.

3 A PARCERIZAÇÃO

Ademais, um sistema participativo promove mudanças também na forma de contratação pelo Estado, deixando um pouco sua posição até então entendida como superior, para dialogar de forma horizontal com as empresas e entidades do terceiro setor, contratando através de acordos e não imposições e convidando a sociedade à contribuir no desenvolvimento de suas ações.

Dessarte, espera-se que o Estado contemporâneo aguce sua capacidade policêntrica da atualidade, não somente estabelecendo canais de participação e interlocução com seus representantes (*participação administrativa*), mas igualmente criando vínculos, acordos, alianças e parcerias com entidades empresariais e sociais (*concertação administrativa*) (OLIVEIRA, 2006, p. 89, grifos no original)

Desta forma, para que a Administração Pública possa exercer seu papel de cuidado e desenvolvimento, cumpre a reflexão sobre os modos de contratar do Estado, de como realiza suas parcerias para conseguir agir com eficácia e eficiência. Nesse sentido, faz-se necessária uma relação de maior autonomia entre os contratantes, sendo que o modo “impositor” estatal deve dar lugar à uma maior capacidade de negociação, que trará aos seus contratos maior legitimidade, uma vez que a negociação abre a possibilidade do diálogo – quase inexistente nos processos licitatórios atuais - e com isso maior possibilidade de existirem maiores expectativas atendidas para todas as partes, sejam órgãos estatais, sejam entidades da sociedade civil, que visam lucro ou não no objeto do contrato, e até a

própria comunidade, quando é chamada a opinar em audiências públicas por exemplo.

Uma vez que o Administrador Público percebe que o “interesse público” não é exclusivo do Estado, apesar de ser sua prerrogativa principal, sendo que a sociedade civil também pode e tem interesse em atuar nesta área, cabe abrir-se para as possibilidade de desenvolvimento de ações em colaboração, mas para isso deverá se preparar, pois os processos de negociação são fundamentais para o sucesso da execução contratual.

Assim surge um “novo contratualismo administrativo” que, conforme Oliveira (2006, p.102), é diferente da atual forma de contratar pelo Estado, introduzindo uma maior paridade entre a Administração Pública e o particular, favorecendo a negociação entre ambos, bem como melhor estabelecendo a interdependência entre as prestações de ambas as partes. Desta forma ele elenca que:

- (i) Privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração (OLIVEIRA, 2006, p. 107).

Em um estudo de caso, analisando a legislação que instituiu a “Conferência de Serviços” na Itália - um sistema criado para a aprovação dos projetos executivos das obras relativas às redes ferroviárias e que seria composta pelas administrações estatais e por entes públicos territoriais e não territoriais, bem como por outros sujeitos públicos com competência nesta área -, Cassese (2010, p. 96) revela que esta norma teve duas características principais: buscou tornar “colegial como norma o agir administrativo”, compensando o policentrismo organizacional - em função dos diversos órgãos públicos e territórios envolvidos - com a unicidade da decisão; e criou um espaço no qual tornou mais rápido o agir administrativo, através da justaposição de decisões, que de outro modo seriam tomadas de forma sequencial. Ademais, tornou-se um local no qual as *negociações* permitem que *concessões recíprocas* sejam definidas para resolução das questões. Observa-se ainda que a despeito da norma prever apenas contratos entre a administração pública, este autor ressalta que na prática não ocorre bem assim, pois junto às regras que disciplinam as Conferências de Serviços, também foram utilizadas leis que promoveram entre as partes interessadas um “acordo de programa”² e possibilitaram a abertura para a participação dos sujeitos privados nas negociações.

Para os acordos vale também o que ocorre para as Conferências de Serviços. Eles são, com frequência, considerados, com interpretação mecanicista, instrumento de simplificação, aceleração ou garantia

2 Segundo Moreira Neto (2014, p. 212), acordo de programa é um instituto de aplicação recente no Brasil, embora já muito utilizado na Europa, trata-se de um instrumento adequado para o desenvolvimento de um sistema de administração multipolarizado e aberto, que favorece a administração por objetivos e com estímulos à parcerias consensuais, podendo ser públicas e privadas, desde que ao menos uma das partes seja uma entidade administrativa pública.

de coordenação, mas são, na realidade, contratos de negociação. Um acordo não se realizaria apenas por justaposição das manifestações, concomitantes, de vontades dos diferentes sujeitos públicos. Para alcançá-lo é essencial que exista negociação, com uma parte cedendo em um ponto, outra em outro, de modo que se atinja um equilíbrio entre interesses contrapostos, que permaneceriam imutáveis sem a negociação. O conteúdo desta constitui, portanto, o aspecto essencial do acordo (CASSESE, 2010, p. 98).

Desta forma, na análise de caso enfrentada por Cassese (2010, p. 103), o autor verificou que a participação dos sujeitos privados trouxe força para o processo da negociação, sendo que as garantias pactuadas pelas empresas em relação aos governos locais trouxe maior segurança para os municípios participantes. Esta abertura das administrações públicas para as negociações, atuando através de acordos, mesmo quando detém o poder autoritário, demonstra um novo papel do Estado, no qual ele “prevê e consente, não obriga ou comanda” e ainda age muitas vezes como sujeitos privados e “pedem segurança por meio de garantias”.

4 O ESTADO FOMENTADOR

Somado a esta nova forma de gestão, mais aberta à negociação nas suas contratações em busca de uma maior eficiência e redução da máquina pública, também cabe ao Estado fomentar a participação da sociedade civil no desenvolvimento de ações de interesse público e que busquem as garantias de direitos fundamentais. Neste sentido, desde que exista uma lei que o permita, ele passa a oferecer incentivos públicos

diversos – recursos financeiros, técnicos, equipamentos, serviços, entre outros - para os entes privados.

Segundo Juan Alfonso Santamaria Pastor, a atividade de fomento estatal surge a partir do momento em que o Estado deixa de agir como uma estrutura de dominação e passa a assumir seu papel no desenvolvimento social e econômico da nação.

Desde los tiempos em que el Estado comienza a considerar como un objetivo primordial el bienestar de los súbditos y el incremento de su riqueza, se pone de manifiesto que diversas actividades que llevan a cabo los sujetos privados presentan un grado de coincidência natural com los objetivos de interés general que persigue institucionalmente la Administración: son actividades cuya realización es descable desde el punto de vista del Estado, pero que éste, por razones muy diversas, no puede emprender por sí solo. Por ello, frente a dichas actividades no cabe outra actitud posible que estimular a dichos sujetos a desarrollarlas y, em su caso, orientarlas de manera que se optmice el beneficio coletivo que generan y se eviten eventuales desviaciones em su ejecución (SANTAMARIA PASTOR, 2009, p. 350).

São várias as formas de fomento público, que podem ser classificados, de acordo com seus fins (MOREIRA NETO, 2014, p. 577- 612), como:

- a) *Planejamento Estatal*, que cuida das formas de intervenção do próprio Estado na economia de modo a produzir o desenvolvimento econômico. No caso do Brasil, está previsto no artigo 174 da Constituição Federal, que em seu parágrafo primeiro diz: “A lei estabelecerá as

diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. Desta forma o Estado deve criar políticas de desenvolvimento regional buscando um equilíbrio entre as regiões e estados brasileiros, no que entram políticas específicas como isenções, reduções temporárias de tributos, juros favorecidos em empréstimos, e inclusive a criação de bancos regionais para financiamentos, entre outras medidas. Hoje, cada vez caindo mais em desuso, uma opção que também já foi adotada pelo Estado foi a atividade econômica suplementar à atividade privada, na qual surgiram as empresas estatais.

b) *Fomento público Social ao desenvolvimento humano*, no qual o objetivo do fomento público é o desenvolvimento das pessoas, buscando uma vida digna para cada um, como exemplo, a gratuidade do casamento civil e muitos outros previstos no artigo 226 e seguintes da CF que buscam garantir a efetividade do atendimento das necessidades básicas para todos e todas.

c) *Fomento público social da educação, pesquisa e informação*, por exemplo, vedando a instituição de impostos para entidades de educação sem fins lucrativos, oferecendo imunidade tributária aos livros, jornais e revistas e com a instituição de órgãos como o Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq.

d) *Fomento público social do trabalho*, voltado ao estabelecimento de melhores condições e instrumentos legais aos trabalhadores, nessa linha, entre

diversas outros instrumentos, destaca-se a legislação que instituiu os entes de colaboração do chamado “Sistema S”, órgãos de apoio ao trabalhador, cujo nomes são auto explicativos: o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI e o Serviço Social da Indústria – SESI, no setor industrial, o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC e o Serviço Social do Comércio - SESC, no setor comercial; e por fim o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR, no setor rural.

e) *Fomento público social da Cultura, do Lazer, dos Desportos e do Turismo*, que trata dos fomentos voltados ao desenvolvimento da cultura, do lazer, dos desportos e do turismo. Para o fomento cultural, foi prevista a proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro, a implantação de institutos de artes, estímulo à produção artística e diversos outros pontos com previsão constitucional principalmente nos artigos 215 e 216; para o fomento do turismo, inclusive fator de desenvolvimento econômico previsto no artigo 180 da CF, entre outras ações, visando estimular iniciativas públicas e privadas, foi criada a Empresa Brasileira de Turismo – EMBRATUR, que dentre as diversas funções destacam-se para o tema deste artigo: promoção e divulgação do turismo nacional; fomentar ou financiar iniciativas que visem o desenvolvimento da indústria do turismo; definir critérios, bem como acompanhar os projetos de empreendimentos turísticos que sejam financiados ou incentivados pelo Estado.

f) *Fomento Público Social Ambiental*, que

visa a efetiva proteção e melhoria do meio-ambiente, estabelecendo possibilidades positivas de atuação estatal nesta área, frente às ações coercitivas. Serve para todas as ações elencadas no artigo 225 da CF, como exemplo: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais das espécies e ecossistemas e “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Este tipo de fomento, ultimamente, vem sendo utilizado também para o estímulo às empresas a evitarem ou reduzirem seus danos ambientais.

g) *Fomento público social rural*, que estimula a produção, bem como também busca que a função social da propriedade agrária seja cumprida, de modo a promover a reforma agrária em terras improdutivas e também fornecer condições para a sua utilização, como incentivos creditícios e fiscais, assistência técnica, seguro agrícola e outros itens previstos no artigo 187 da CF.

h) *Fomento público econômico à empresa*, diante da importância econômica e social que os empreendimentos econômicos dos particulares oferecem ao Estado, especialmente em função da geração de emprego e renda, e ainda contribuindo inclusive para o equilíbrio da balança econômica das comercializações entre países, o fomento trata-se de algo fundamental. Buscando um maior impacto social, são especialmente incentivadas as cooperativas (em função do artigo 170, § 2º da CF) e as microempresas e empresas de pequeno porte, que contam

com apoio constitucional no artigo 170, inciso IX e ainda no artigo 179, além das leis complementares 123/2006 e 147/2014, entre outras.

i) *Fomento público de atividades econômicas primárias*, trata do estímulo aos setores primários da produção, setor estratégico base para a geração de matéria prima e alimentos para o país. Aqui, entre outros, verifica-se o fomento ao setor agropecuário, à pesca e à produção mineral.

j) *Fomento público científico e tecnológico*, disposto no artigo 218 da CF, “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Sem dúvida, o desenvolvimento tecnológico é um importante estímulo ao desenvolvimento nacional.

k) *Fomento público financeiro e creditício*, aqui o incentivo será através de recursos financeiros que não somente poderão vir do Estado, mas também a partir de investimentos de capital estrangeiro, vide artigo 172 da CF. Há que ser comentado que além dos bancos públicos, os bancos, as sociedades creditícias, de financiamento e de investimentos particulares também coadunam com o sistema de fomento financeiro oficial. Também há que se considerar os incentivos fiscais, através dos quais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercem a função metafiscal do tributo, fazendo com que ele sirva não apenas para fins arrecadatórios, mas gerando estímulos a determinadas atividades econômicas ou sociais.

Por fim, verifica-se o *Fomento Institucional ao setor público não estatal*, surgido justamente através da pluralização dos canais de participação da sociedade civil nas ações de interesse público, visando estimular entidades que atuam em colaboração com o Estado e até mesmo onde o Estado não consegue chegar, inclusive desenvolvendo ações em todas as frentes de fomento comentadas acima.

Especialmente através desta linha de fomento, o Estado procura reduzir suas iniciativas diretamente nas comunidades e repassá-las para entidades da sociedade civil, muitas vezes inseridas nas próprias comunidades que serão atendidas pelas políticas públicas em questão. Desta forma o Estado diminui seu tamanho, cujo peso é atualmente insustentável, e também consegue uma melhor atuação, pois a proximidade e o entendimento local da entidade parceira muitas vezes vai facilitar a boa execução do contrato e obter melhores resultados para todas as partes envolvidas, especialmente os beneficiários.

A parceria serve ao objetivo de *diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado*, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente diminuição ou extinção de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição no quadro de servidores; serve também ao objetivo de *fomento à iniciativa privada*, quando seja deficiente, de modo a ajuda-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de *eficiência*, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência (DI

PIETRO, 2015, p. 25, grifos da autora).

Segundo Moreira Neto (2014, p. 608), este tipo de fomento promove duas grandes vantagens: a política e a técnica. A vantagem política se dá em função da própria abertura da participação dos administrados, aumentando o clima de colaboração e a legitimidade das decisões tomadas pela administração pública. Já a vantagem técnica está na despolitização das decisões, que não seriam tomadas apenas por pessoas ocupando cargos políticos e muitas vezes descomprometidas “pessoalmente” com os resultados, uma vez que não seriam beneficiados diretamente por eles, mas passam a ser tomadas, e muitas vezes executadas, pelos próprios grupos sociais interessados e que são justamente os que mais precisam que aquela ação dê certo. Ademais, ainda existe uma vantagem fiscal para o Estado, na medida em que estas entidades passam a executar ações de interesse público e propiciam a redução dos custos e da necessidade de contratação de mais funcionários públicos, especialmente diante do fato de que a maioria das administrações já se encontram próximas do limite legal de gastos com suas folhas de pagamento de recursos humanos.

5 A GOVERNANÇA

Para que todo este novo arranjo funcione, faz-se necessária uma forma de atuação que coordene todas as partes envolvidas, ou seja, os órgãos públicos, as entidades parceiras executoras, as entidades envolvidas nos processos decisórios e também os próprios beneficiários. Oliveira (2008, p. 26), chama atenção para um termo que vem contribuindo para o entendimento desta nova postura estatal, a governança, “cujo significado

para o poder público liga-se primordialmente ao campo da *efetividade da ação governamental*”, ou seja, a amarração das partes garantindo os processos e resultados.

Quanto ao uso deste termo, Diniz (1996), explica que a governabilidade seria a *forma do exercício do poder*, como as “características do sistema político, a forma de Governo (parlamentarismo ou presidencialismo), as relações entre os poderes (maior ou menor assimetria, por exemplo), os sistemas partidários”, entre outros. Já a “*governance*” é entendida para Diniz (1996, p. 12-13), como o “conjunto dos mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade, o que implica expandir e aperfeiçoar os meios de interlocução e de administração do jogo de interesses.” A autora completa reforçando que a *governança* vem da necessidade do Estado ter maior flexibilidade, descentralizar funções e transferir responsabilidades, mas “sem abrir mão dos instrumentos de controle e supervisão.”

Dessa forma surge o Estado Pós-moderno, que incorpora novos conceitos participativos e busca uma maior integração com a sociedade que o constitui, especialmente em busca da efetividade das ações que deve refletir em legitimidade para a administração pública, justamente pela sua capacidade de envolver a sociedade nas suas decisões e ações através da governança.

Rompendo com a dogmática jurídica inerente à modernidade, o direito pós-moderno – direito *plural*, direito *negociado*, *direito flexível*, direito reflexivo – apresenta ainda novas características relativamente ao direito moderno: incorporando a complexidade do real, ele se transforma em instrumento flexível de pilotagem e de governança; meio de “*governo*” das sociedades, ele se torna instrumento de uma

“*governança*” que segue as vias mais sinuosas (CHEVALLIER, 2009, p. 182).

O Estado deve ser capaz de se ajustar aos diferentes interesses da sociedade, buscando sempre o bem comum, assim deverá ir além das já usuais ações de comando e implementação para também assumir papéis de coordenação e administração de conflitos (DINIZ, 1996, p. 14), com foco na eficiência das ações, a despeito de uma visão anterior de garantia dos meios em detrimento dos próprios fins.

CONCLUSÃO

Verificou-se que o Estado precisa repensar sua maneira de agir para conseguir assumir suas responsabilidades frente ao desenvolvimento social e econômico. As dificuldades geradas com o agravamento das crises econômicas e os efeitos da globalização aumentaram a necessidade da participação do cidadão nas decisões e ações estatais, caso contrário o Estado pode perder sua legitimidade e sua capacidade de solucionar os problemas sociais da atualidade.

Para o ente estatal ganhar eficiência deverá desfazer as dicotomias que o separam da sociedade civil e precisará realizar parcerias com sujeitos privados diversos, sejam empresas ou entidades de terceiro setor, bem como compor os interesses dos diversos entes das administrações públicas locais, estaduais e municipais, autarquias, e sociedades de economia mistas no âmbito interno, como também deverá respeitar acordos internacionais e trabalhar em conjunto com outros países para minimizar os impactos das crises, hoje mundiais, e

participar de soluções globais.

Como a superioridade política do Estado perdeu espaço mediante o avanço da superioridade econômica de grandes empresas e grupos empresariais, evidenciou-se que as melhores soluções não serão encontradas a partir de decisões hierarquizadas, mas sim através de acordos mediante negociações em pé de igualdade entre todas as partes independente de suas origens, sejam pertencentes ao Estado ou à sociedade civil.

A relação público-privada deverá tomar uma nova feição, na qual o público utiliza instrumentos privados de gestão e o privado assume cada vez mais um papel responsável em relação à comunidade, ao interesse comum. Assim, a dicotomia entre público e privado, como se somente tivessem interesses opostos ou antagônicos, deverá ser deixada de lado em busca da eficiência e eficácia das ações fins do Estado e do bem comum.

Desta feita, cumprirá ao Estado reduzir o tamanho da máquina pública, hoje custosa e com baixa eficiência. Para tanto, deverá repensar seu papel de “executor” para “fomentador” das ações, ao mesmo tempo em que precisará garantir o bom funcionamento das diversas formas de parcerias, por meio da governança, desempenhando também um papel fiscalizador, de forma a garantir que seus contratos sejam cumpridos, ou em caso de dificuldades na sua execução, que os problemas sejam descobertos com antecedência para que seja possível a revisão contratual e correção dos rumos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. 19. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas-SP: Saberes Editora, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado-pós moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Eli. **Governabilidade, governance e reforma do Estado**: considerações sobre o novo paradigma. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 47, n. 2, p. 5-21, mai-ago 1996.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria público privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 60, 2006.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo General**. .2 ed. Madrid: Lustel, 2009. v.2.

SILVA, Gustavo Tavares da. **Políticas públicas e Intersetorialidade**: uma discussão sobre a democratização do Estado. Revista Cadernos Metrópole, São Paulo, v. 19, pp. 81-97, 1. sem. 2008.

Como citar: NORA, Luiz Fernando Zen; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O Estado e a atuação em parceria com a sociedade civil no

desenvolvimento de ações de interesse público. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.51-80, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p51. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 10/05/2015

Aprovado em 29/05/2016

FILOSOFIA DA LINGUAGEM E GIRO LINGUÍSTICO: IMPLICAÇÕES PARA OS DIREITOS AUTORAIS*

THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE AND THE LINGUISTIC TURN: IMPLICATIONS FOR COPYRIGHT

Alejandro Knaesel Arrabal**

Wilson Engelmann***

Sidnei Kuczkowski****

* Este ensaio é fruto de resultados parciais de pesquisas vinculadas à Iniciação Científica promovida no âmbito do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE) e do Doutorado em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Convênio DINTER UNISINOS/FURB.

** Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Convênio DINTER UNISINOS/FURB (Edital 002/2013). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor da Universidade Regional de Blumenau e do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). E-mail: profarrabal@gmail.com.

***Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor de Pós-Graduação Lato Sensu e Stricto Sensu e Grad-

Como citar: ARRABAL, Alejandro Knaesel; ENGELMANN, Wilson; KUCZKOWSKI, Sidnei. Filosofia da linguagem e giro linguístico: implicações para os direitos autorais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.81-106, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p81. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: Este artigo propõe uma observação crítica do direito positivo em sede de Direitos Autorais, a partir das transformações contemporâneas incidentes na Filosofia da Linguagem, com especial atenção ao que se convencionou chamar “Giro Linguístico”. A partir deste marco epistemológico, o artigo explora duas possíveis implicações da “Virada Linguística” em relação os Direitos Autorais: a ressemantização das categorias “autor” e “obra” em decorrência da crítica à Metafísica Clássica

e à Filosofia da Consciência.

Palavras-chave: Direito autoral; filosofia da linguagem; giro linguístico; metafísica clássica; filosofia da consciência.

ABSTRACT: This paper proposes a critical remark based within Positive Law, focusing on Copyright Law, and analyzes it from the contemporary transformations of the philosophy of language - specifically in the “Linguistic Turn”. Therefore, from this epistemological mark, this study explores two possible implications for the “Linguistic Turn” regarding Copyright Laws: the resemantization of the “author” and his “work”, which is a result of the criticism of Classical Metaphysics and the Philosophy of Consciousness.

Keywords: Copyright; philosophy of language; linguistic turn; classical metaphysics; consciousness philosophy.

uação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). Bolsista de Produtividade de Pesquisa do CNPq. Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: wengelmann@unisin.br.

****Graduando em Direito do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Bolsista do Projeto de Pesquisa “Direitos Autorais enquanto Direitos Humanos: uma (re)leitura a partir da Filosofia da Linguagem” financiado com recursos do Edital Proppex 15/2014 (UNIFEBE). E-mail: dinho.sidnei@yahoo.com.

INTRODUÇÃO

Consolidados nos planos normativos Constitucional¹ e ordinário² do país, os Direitos Autorais compreendem um conjunto de prerrogativas conferidas ao autor em decorrência da realização de uma “obra”. Foi com o desenvolvimento da modernidade e do racionalismo ocidental que a autoria conquistou efetivamente status jurídico, cuja tutela meritória (credibilidade moral e domínio patrimonial) aproximou-se de sentido quase absoluto.

A partir da evolução da informática e das tecnologias de comunicação, as práticas de reprodução e distribuição de obras literárias, artísticas e científicas foram incorporadas ao cotidiano, à revelia das prerrogativas autorais. No centro da emergente sociedade complexa, global e informacional, o compartilhamento e a cópia transformam-se em processos “naturalizados” e, de certa forma, “constitutivos” da própria dinâmica social comunicativa. Por outro lado, aos olhos do marco regulatório vigente, a reprodução e distribuição de produtos culturais sem consentimento prévio do autor representa ato ilícito.

É preciso observar que o debate sobre uma possível (ou necessária) reconfiguração jurídica dos Direitos Autorais não se justifica exclusivamente em razão das atuais possibilidades tecnológicas, mas também decorre do epicentro de mudanças paradigmáticas no âmbito da crítica filosófica do século XX.

Assim, a proposta deste estudo é observar, em caráter propedêutico, os horizontes da Filosofia da Linguagem e, em especial, delinear os contornos característicos do que se convencionou chamar

1 Vide Art. 5o, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988.

2 “Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.” (BRASIL, Lei 9610/98).

“Giro Linguístico” a fim de verificar suas implicações para os Direitos Autorais.

Por opção metodológica, a primeira parte deste trabalho aborda o conceito de Filosofia da Linguagem e a caracterização do “Giro Linguístico”. A segunda trata especificamente do Giro Linguístico como marco de superação da Metafísica Clássica e da Filosofia da Consciência. Por fim, o texto explora implicações da virada linguística em relação aos Direitos Autorais, em especial, a ressemantização das categorias “autor” e “obra”, conceitos estes originariamente forjados na tradição do paradigma sujeito/objeto.

1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O GIRO LINGUÍSTICO

A Filosofia da Linguagem pode ser entendida como uma filosofia acerca do conhecimento, voltada à compreensão do mundo por meio da linguagem. Searle (2007) afirma que a Filosofia da Linguagem se ocupa com a relação entre a realidade, a linguagem e o sentido. Oliveira (2001, p. 11) destaca que a linguagem representa “a questão central” da filosofia contemporânea, de modo que “tornou-se o interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas”.

Neste mesmo sentido, Sodré (2001, p. 28) afirma que nas décadas de 80 e 90, “nos campos da psicanálise (Lacan), da crítica literária (Barthes, Kristeva), da teoria da cultura e dos sistemas de pensamento (Foucault, Bourdieu, Bernstein), a linguagem aparece como prática social tão importante como a economia para a funda o das rela es sociais.” Também Silva (1994, p. 19) destaca que “[...] a Linguagem transformou-se em modo de ‘compreensão’ do ser (Heidegger); modo de constitui o

do Outro e do mundo (Lacan, Lévi-Strauss, Merleau-Ponty); em agir comunicativo (Habermas); em ação (Austin, Wittgenstein).”

Emergiram ao longo do século XX, portanto, os pressupostos do que se convencionou chamar de Giro Linguístico. A virada linguística, por assim dizer, leva esse nome devido à mudança paradigmática que provocou na Filosofia e nas Ciências Humanas e Sociais, ressignificando a forma como o homem compreende a realidade, o mundo, e a ele mesmo (IBÁÑEZ, 2004, p. 19).

Gamboa (2009, p. 3) considera que giro linguístico (*linguistic turn*):

[...] apresenta uma longa tradição e diversas interpretações (Saussure, Barthes, Derridá, Deleuze, White e Foucault), entretanto fundada numa mesma matriz: **a reação à filosofia analítica, à lógica formal, ao mentalismo e ao primado das coisas sobre as palavras.** O “giro linguístico” desloca a centralidade do objeto ou das coisas representadas na mente (ponto de partida da lógica formal) para a linguagem e as palavras. Nesse caso, as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência (o centro ou ponto de partida) das coisas (grifou-se).

Para Echeverria (2003, p. 18), dentre os filósofos que contribuíram significativamente para o giro linguístico destaca-se: Friedrich Nietzsche, ao situar-se fora do marco metafísico questionando seus pressupostos básicos; Martín Heidegger por criticar o cartesianismo a partir da fenomenologia Existencial; e Ludwig Wittgenstein, oportunizando uma compreensão radicalmente nova da linguagem.

Oliveira (2001, p. 126-127), a partir de Wittgenstein, afirma que a concepção tradicional instrumentalista (também denominada

objetivista) considera a existência de “[...] um mundo ‘em si’, cuja estrutura podemos compreender pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem”, de modo que a linguagem é considerada um “[...] instrumento secundário de comunicação, de nosso conhecimento do mundo.”

A ideia de “giro” implica em entender que o sentido do mundo (e de tudo que nele habita), antes reconhecido como algo inerente ao próprio mundo (metafísica clássica) e compreendido por meio da racionalidade (filosofia da consciência), passa a ser entendido como emergência da linguagem. Esta virada propôs “novos significados para aquilo que se costuma designar pelo termo ‘realidade’ tanto ‘social’ ou ‘cultural’ quanto ‘natural’ ou ‘física’” (IBÁÑEZ, 2004, p. 19). Além disso (e principalmente), proporcionou uma nova significação para além da condição instrumental da linguagem como meio de manifestação das ideias.

Para que isto fosse possível, ou seja, uma “ressignificação dos conceitos de mundo” Ibáñez (2004, p. 45) explica que “[...] foi necessário um enorme esforço de imaginação que rompesse com as evidências herdadas e com as amarras do pensamento dominante.” Entre essas amarras encontra-se a tradicional concepção dualista ideia/mundo (o plano racional e o plano empírico). Em outras palavras, esta perspectiva dual aponta para a noção de que é possível explicar a existência, já que o mundo existe como tal, independente do pensamento.

Oliveira (2001, p. 12-13) afirma que:

Pouco a pouco se tornou claro que se tratava, no caso da “reviravolta linguística” (*linguistic turn*), de um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa

de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar [...] Numa palavra, não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. **A linguagem é o espaço de expressividade do mundo**, a instância de articulação de sua inteligibilidade (grifou-se).

A linguagem, aduz Araújo (2011, p. 9), “[...] é provavelmente a marca mais notória da cultura. As trocas simbólicas permitem a comunicação; geram relações sociais, mantêm ou interrompem essas relações, possibilitam o pensamento abstrato e os conceitos”. Neste contexto Dutra (2014, p. 16) complementa:

A linguagem é, antes de tudo, justamente, um conjunto de fenômenos de comunicação, o que envolve compreensão e implica, portanto, determinada estruturação e certas convenções sem as quais não pode haver comunicação e, portanto, qualquer linguagem eficiente mereça ser estudada.

Na perspectiva do “giro”, a linguagem consiste na substância do pensamento, condição de possibilidade para o pensar.

Pititto (2014, p. 13) esclarece que “no indivíduo, o desenvolvimento mental e o desenvolvimento linguístico andam no mesmo passo. Não há, nem se dá, de fato, um desenvolvimento mental que não esteja em relação com o desenvolvimento linguístico e vice-versa.” Pensamento e linguagem coexistem reciprocamente sem que um preceda o outro.

Seu estudo levou a filosofia para um aprofundamento que a colocou em patamar de destaque, reconhecida como instituição. “A

linguagem humana continua sendo central nessas análises, mas agora ela é vista como uma instituição, como uma realidade social, como um elemento ambiental distribuído” (DUTRA, 2014, p. 39).

A linguagem antes compreendida apenas como veículo para expressar ideias, passa a ser encarada como elemento de constituição do mundo de modo a configurar uma nova significação (DUTRA, 2014, p. 17).

Ela não é apenas um mecanismo para descrever a realidade, mas condição de possibilidade de manifestação da própria realidade. Conforme considera Echeverría (2003, p. 21), afirmar que a linguagem “constitui o mundo” é dizer que os seres humanos são seres eminentemente linguísticos:

Os seres humanos são seres linguísticos, seres que vivem na linguagem. [...] É claro que os seres humanos não são apenas seres linguísticos e que, portanto, a linguagem não esgota a multidimensionalidade do fenômeno humano (que também é biológico, físico, psíquico e social). Por que então defendemos a prioridade da linguagem? [...] Porque **é precisamente através da linguagem que conferimos sentido a nossa existência** [...] Não há um lugar fora da linguagem a partir do qual possamos observar nossa existência. [...] A existência humana, o que para os seres humanos representa a experiência da existência, é realizada pela linguagem. A linguagem representa para os seres humanos, no dizer de Nietzsche, uma prisão da qual não se pode escapar; e, no dizer de Heidegger, a morada do seu ser. Os seres humanos habitam na linguagem (grifou-se).

Neste contexto Ibáñez (2004, p. 46) afirma que “A linguagem é a

própria condição de nosso pensamento, ao mesmo tempo em que é meio para representar a realidade”. Destaca ainda que “o ‘giro linguístico’, portanto, substitui a relação ‘ideia/mundo’ pela relação ‘linguagem/mundo’”. A partir de Merleau-Ponty, Silva (1994, p. 57) considera que “a palavra não é um mero instrumento do Pensamento, mas é o corpo do Pensamento no mundo. O pensamento existe pela fala, e somente nesta atitude de expressão é que se realiza a significação”.

Toda a ênfase que se deu a linguagem contribuiu para inúmeras abordagens filosóficas, dentre elas o desenvolvimento da teoria dos atos da fala na qual “[...] um ato de fala pode revelar não apenas o que o falante pretende dizer (ou fazer) por meio da expressão linguística que ele profere, mas também os efeitos que seu proferimento provoca no ouvinte ou, em geral, no contexto da fala” (DUTRA, 2014, p. 20).

No âmbito da filosofia pragmática da linguagem, Austin dirá que as palavras assumem um papel performativo, ou seja, linguagem é mais do que mera representação de objetos, é um agir constitutivo do mundo, um agir que cria significados e, por consequência, molda a concepção de realidade (SOUZA FILHO, 2006).

A perspectiva linguagem/mundo, não só transforma o entendimento que temos sobre a realidade, como também se torna responsável pela criação do próprio contexto social, ou seja, “o social, para os seres humanos, se constitui na linguagem. Todo fenômeno social é sempre um fenômeno linguístico” (ECHEVERRÍA, 2003, p. 12).

Essa forma de pensar leva a entender que tudo o que sabemos sobre o mundo e tudo o que acreditamos sobre os objetos da existência só tornam-se acessíveis por meio da linguagem. O sentido da realidade e do mundo é possível devido à constituição linguística, de modo que “o conhecimento pleno das coisas ou da realidade não é possível. **Somente é**

possível conhecer os discursos, a linguagem o texto e não sua relação com os referentes, com as intenções do autor e com os contextos da sua elaboração” (GAMBOA, 2010, p. 82, grifou-se).

Neste mesmo sentido Echeverría (2003, p. 21) considera que:

As consequências do sentido de que somos seres linguísticos só podem ser plenamente extraídas na medida em que sejamos capazes de modificar radicalmente nossa concepção tradicional de linguagem. Por séculos, temos considerado a linguagem como um instrumento que nos permite descrever o que percebemos (o mundo exterior) e expressar o que pensamos e sentimos (nosso mundo interior). Esta concepção atribui à linguagem uma qualidade fundamentalmente passiva e descritiva.

Portanto, a linguagem não só nos permite falar sobre as coisas, a linguagem faz com que surjam coisas de modo que ela não apenas descreve a realidade, é por meio da linguagem que a realidade se constitui (ECHEVERRÍA, 2003, p. 22).

2 O GIRO LINGUÍSTICO COMO SUPERAÇÃO DA METAFÍSICA CLÁSSICA E DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

Como já mencionado, o giro linguístico representa uma mudança radical nos pressupostos que fundamentam a maneira de compreender a realidade, o mundo e, assim, a própria condição humana. Esta mudança implica em uma ruptura com a racionalidade centrada no dualismo sujeito/objeto, projetadas pela metafísica clássica e pela filosofia da consciência.

Oliveira (2001, p. 19-20) explica que “[...] para Platão, como para todo o pensamento grego, as coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si mesmas. Quando lidamos com as coisas, temos de nos orientar de acordo com essa natureza das coisas”. Afirmo ainda que “Platão compara a linguagem a um instrumento [...], mas não um instrumento qualquer, um instrumento separante [...]: quando digo, por exemplo, a palavra elefante separo, distingo a classe de coisas que são designadas com esse nome de todas as outras”.

No mesmo sentido, Aristóteles acreditava “[...] que as propriedades percebidas pertencem também às coisas, independentemente da consciência cognoscente” (SOARES, 2013, p. 77). Essa é a premissa determinante para a constituição do dualismo sujeito/objeto: a crença em verdades objetivas que podem ser reveladas. Portanto, o traço predominante da metafísica clássica é a certeza na existência de uma verdade imanente, uma substância absoluta, um elemento originário e, neste sentido, universal. Em outras palavras, “na metafísica clássica o sentido de algo era produzido através da extração, pelo sujeito, da essência” (STRECK; LEPPER; BARBA, 2013, p. 2339).

Esta matriz epistemológica considera que o sentido que atribuímos às coisas decorre de essências constitutivas das próprias coisas. Os objetos do mundo são o que são “em si mesmos”, em uma realidade que independe da consciência do sujeito que as percebe. Nesta ótica, o mundo real se diferencia do mundo ideal, de modo que o conhecimento (e, portanto, a verdade) consiste no resultado fiel de uma espécie de captura ou projeção (representação) do mundo real. Echeverría (2003, p. 16) afirma que:

De algum modo com Sócrates, mas também com

Platão e Aristóteles, havia iniciado todo um período histórico, um período que chamamos de metafísica. **O senso comum atual se baseia em grande medida nos pressupostos metafísicos, criados originariamente por estes filósofos da Grécia antiga** (grifou-se).

Maturana e Varela (2001, p. 8) também afirmam que a humanidade ainda parte destes pressupostos metafísicos representacionistas, os quais consideram a mente uma espécie de espelho da natureza, “[...] o mundo conteria ‘informações’ e nossa tarefa seria extraí-las dele por meio da cognição”.

Nesta abordagem, o que se entende é que há uma verdade no mundo (exterior ao homem) e que ela pode ser obtida, ignorando o fato de que o sujeito possa ter qualquer participação. Como explica Soares (2013, p. 78-79), esta perspectiva conhecida como realismo natural, foi combatida pelo realismo crítico, para o qual “[...] nem todas as propriedades percebidas pelo sujeito pertencem ao objeto percebido” (SOARES, 2013, p. 77).

A pretensão de alcançar a realidade através dos pressupostos naturalistas foi incrementada com o racionalismo moderno, o qual fortaleceu a relação sujeito/objeto, mas em uma ótica de prevalência humana. Enquanto antes, a compreensão só era possível devido à submissão do sujeito frente a verdade imanente da natureza e do cosmos, para a racionalidade moderna a verdade do mundo passou a ser determinada e predita pelo sujeito. Atribui-se a Descartes importante participação nessa mudança. A célebre frase “penso, logo existo” sintetiza a ideia de que somente aquilo que não fosse possível colocar em dúvida seria verdadeiro. Assim, a consciência humana tornou-se instrumento

apto a revelar a verdade.

Com o cartesianismo, explica Soares (2013, p. 83) “[...] se reforça uma concepção filosófica que dividia as coisas do mundo em duas categorias: mental e física.” A partir desta perspectiva, o que se entende como verdade, passa a ser o resultado da razão, das ideias, eis o traço marcante da Filosofia da Consciência.

Para melhor entendimento, segue o quadro comparativo dos principais aspectos distintivos entre a Metafísica Clássica, a Filosofia da Consciência e o Giro Linguístico:

Quadro Comparativo

	Metafísica Clássica	Filosofia da Consciência	Giro Linguístico
Verdade	Os objetos têm uma essência	A verdade é fruto da razão	A verdade decorre de um contexto linguístico
Sujeito/ Objeto	O objeto precede o sujeito	O sujeito precede o objeto	Repúdio ao dualismo sujeito/objeto
Realidade	A realidade existe independente do sujeito	A realidade é revelada pela racionalidade humana	O mundo “em si” é inacessível. Só existe realidade a partir da linguagem
Linguagem	Veículo para descrever o mundo (linguagem como instrumento)	Veículo para expressar ideias (linguagem como instrumento)	Linguagem como condição de possibilidade para constituição do mundo

Fonte: Quadro elaborado pelos autores

Em síntese, a verdade metafísica é reconhecida como uma instância que independe do sujeito. Ela emana do “mundo em si”. Para a filosofia da consciência, a verdade só pode ser revelada pela razão. O que a racionalidade pode dizer (e, neste sentido, determinar) é entendida como verdade. Para o Giro linguístico, a verdade não se encontra em um

mundo independente do sujeito, nem mesmo resulta exclusivamente da racionalidade, mas se manifesta a partir de um contexto linguístico.

Sobre o dualismo sujeito/objeto, a metafísica clássica reconhece um sentido imanente ao objeto. O ser humano assujeita-se ao universo. Para a Filosofia da Consciência, o sujeito assume posição de destaque em relação ao sentido, obtido preponderantemente por meio da racionalidade assujeitadora do mundo. O giro linguístico, por sua vez, busca romper com o dualismo, ou seja, reconhecer o conhecimento não mais a partir da lógica dual que pressupõe um sujeito que conhece e um objeto que é conhecido.

A partir do “giro”, a realidade passa a ser entendida como constituída pela linguagem, portanto, qualquer essência ou substância dissociada da linguagem (caso exista) é inacessível ao homem. Tudo o que “algo é para alguém” se traduz ou significa a partir da linguagem, o que difere radicalmente da metafísica clássica que propugnava por uma visão essencialista e universalizante. No medievo, esta ideia é transposta para Deus, visto como a essência e verdade do mundo. Na modernidade, a Filosofia da Consciência tratará a realidade como fruto da razão humana, não mais vinculada estritamente a uma ordem metafísica, seja imanente ou divina.

A linguagem como condição de possibilidade para compreensão (e constituição) do mundo só foi levada a sério no século XX. A chamada virada linguística assume papel de destaque marcando a indissociabilidade entre linguagem e pensamento. Neste sentido, a morada das ideias é a linguagem e não mais a mente do indivíduo singular. Antes, tanto para a metafísica clássica quanto para a filosofia da consciência, linguagem era assumida como mero instrumento para manifestação de ideias. Com o giro, linguagem é condição de possibilidade para o pensamento e o

próprio mundo.

3 IMPLICAÇÕES DO GIRO LINGÜÍSTICO PARA OS DIREITOS AUTORAIS

Ao longo da história, o desenvolvimento de habilidades motoras, intelectuais e linguísticas conduziram o homem ao domínio transformador do mundo e de si mesmo. Especialmente a partir da modernidade, a superioridade humana frente ao mundo foi, por assim dizer, autoproclamada. A cultura, a arte e a ciência ergueram-se como marcas de constituição e domínio do homem para além das condições deterministas da natureza.

Com o tempo, a ação humana tornou-se “objeto”, atomizada para os desígnios do mercado e, simultaneamente, ancorada na figura do sujeito. Antonio (1998, p. 189) observa que o autor “[...] representa a realização do projeto da modernidade por meio da unicidade do sujeito e da sua obra”. Carboni (2008, p. 42) considera que o sujeito autoral foi constituído na modernidade, fruto do empirismo inglês, do racionalismo francês e da reforma “[...] os quais descobriram o prestígio da pessoa humana”. Contudo, no ventre das revoluções francesa e inglesa, duas concepções emergiram:

Na concepção construída pela Revolução Francesa (*droit d’auteur*) o criador da obra, o autor, encontra-se no centro de referência. Já no sistema anglo-americano (*copyright*), a proteção dirige-se à obra, em função da necessidade de reger a reprodução. Orientado comercialmente, o sistema anglo-americano, vigente nos países de tradição jurídica baseada no *common law*, atende à regulamentação da atividade de reprodução das obras. Por sua vez, a concepção

jurídica latina do direito de autor, essencialmente individualista, considera originariamente o direito de autor como um direito pessoal, ainda que possa também atribuir a relação autor-obra à natureza patrimonial (ARRABAL, 2003, p. 114).

O Direito Autoral brasileiro, a partir da tradição francesa, foi consolidado como um conjunto de prerrogativas decorrentes do domínio de uma *pessoa* (autor) sobre uma criação (obra) artística, literária ou científica. Compreende “[...] um vínculo de domínio exclusivo do autor em relação a sua obra, seja ela de natureza artística, literária ou científica” (ENGELMANN; ARRABAL, 2013, p. 120). A base tradicional deste direito reside no liame “fático” entre o autor e a obra, entendido como consequente naturalizado da ação transformadora humana.

Afirma Souza (2011, p. 212) que:

Ao criador de uma expressão personalizada de conteúdo artístico, literário ou científico são constitucionalmente atribuídos direitos de utilização equiparados ao de propriedade, inclusive com relação à satisfação obrigatória de sua função social.

Neste sentido estabelece o artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Esta diretriz reitera o que antes já fora estabelecido no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor” (UNESCO, 1998, p. 5).

No âmbito da legislação ordinária, considera-se autor toda “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” e obras as “[...] criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível [...]” (Art. 11 e 7º da lei 9.610/98, respectivamente).

Deste vínculo entre autor e obra, a exclusividade ganha força a partir da sincretização de duas ordens de direitos: morais e patrimoniais. Esta matriz dualista foi consagrada pela doutrina moderna, de modo a integrar elementos de direitos de personalidade associados a direitos reais (COSTA NETTO, 1998).

Consideram-se Direitos Morais prerrogativas vinculadas à personalidade do autor imanentes à obra. Compreendem desdobramentos do ato da criação, e, neste sentido, não admitem transferência de titularidade ou prescrição. A título de exemplo, pode-se mencionar o direito do autor de reivindicar a autoria e exigir que o seu nome seja sempre vinculado a obra (BRASIL, 1998).

Para Rizzardo (2012, p. 688), a dimensão moral do autor representa uma “extensão” da personalidade psíquica do criador, vínculo este compreendido como perpétuo e indissolúvel.

Neste sentido Bittar (2000, p. 47) afirma que a “[...] obra é emanção da personalidade do autor – que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais”.

Por sua vez, as prerrogativas patrimoniais, compreendem os direitos exclusivos de uso, gozo e fruição (BRASIL, 1998), ou, como dispõe a norma constitucional, os direitos de utilização, publicação ou reprodução da obra. Costa Netto (1998, p. 78) observa que a dimensão patrimonial dos direitos de autor difere do regime atribuído aos direitos reais vez que, na hipótese de transferência destes direitos “(...) o

cessionário de direitos autorais não tem a autonomia de ‘proprietário’ do bem adquirido, em decorrência da **impossibilidade de rompimento da ligação existente entre obra e o seu autor, em todos os momentos – e diferentes formas – de utilização daquela**” (grifou-se).

Considerando os aspectos relativos à Filosofia da Linguagem abordados neste estudo, observa-se que o pressuposto ontológico das prerrogativas do autor, evidenciados no marco regulatório e na doutrina, decorre de fundamentos preponderantemente metafísicos. Assim, o impacto do Giro Linguístico para os Direitos Autorais implica potencialmente em uma mudança paradigmática relativa aos conceitos de “autoria” e “obra”. Se para a metafísica clássica e a filosofia da consciência, o Sujeito Autoral encontra-se no plano privilegiado da autoridade frente a transformação do mundo, na ótica do Giro, ele sede lugar à linguagem enquanto expressividade constituinte originária. Neste sentido, Foucault (2001) argumenta que o autor, de certa forma, está subordinado ao texto e não o texto ao autor. A autoria assume um papel secundário em relação ao discurso, uma função. Emerge então um fenômeno de descentralização que se projeta como argumento desestruturante do fundamento meritório autoral. Neste sentido, Demo (2012, p. 94) afirma:

O autor já vinha cambaleando há muito tempo, desde a década dos 1960, quando Barthes anunciou a ‘morte do Autor’ (1968; 1977). Seu argumento maior era que, sendo a linguagem patrimônio comum cultural e sendo ela que fala, mais que o autor, a apropriação autoral seria um desmando. Assim como não pode haver dono de uma cultura, não pode existir plenamente autor, porque sua produção está inserida no contexto cultural inevitavelmente:

toda ideia provém de outra, assim como todo ser humano provém de outro. Originalidade plena não existe, simplesmente porque não somos propriamente originais.

Frente ao questionamento sobre a “natureza” da obra (o que ela é, qual é o seu “ser”) a resposta que se encontra no marco normativo vigente pressupõe a disjunção sujeito/objeto. A obra caracteriza-se então como “criação do espírito”, portanto, o seu “ser” encontra-se em uma dimensão intangível vinculada ao indivíduo a partir de um plano metafísico. Nesta linha, entende-se por “obra” a extensão da personalidade do autor, de modo a carregar “em si” uma espécie de essência do seu criador: a originalidade. Este é um dos fundamentos da tradição autoralista que legitimam os domínios moral e patrimonial do autor sobre a obra. Neste sentido, Barbosa (2015, p. 124) considera que a originalidade “(...) é condição tanto para a proteção das Invenções, quanto das obras artísticas, podendo-se dizer que nas obras de arte a originalidade se refere à **forma considerada em si mesma**”. Poli (2008, p. 118) afirma que “obra original é a criação única, aquela que se individualiza pela ação intelectual de seu criador. A obra é original se **contém a visão de seu autor** sobre seu objeto ou, em outras palavras, se o **autor contrapôs seu pensamento à realidade**” (grifou-se).

A partir do Giro, o autor singular perde a qualidade de origem e, por consequência, também seu domínio como autoridade criativa. Por sua vez, a obra conquista o *status* de manifestação de um “acontecer criativo”, entendido como “(...) fenômeno de enunciação de um compreender o mundo pela linguagem, no sentido existencial, e não algo que se possa depreender de atributos exclusivos do sujeito” (ARRABAL, 2014, p. 7) Costa Netto (1998, p. 53) afirma que tanto a doutrina quanto a

jurisprudência dominantes consideram o objeto da tutela autoral a forma de expressão materializada e não a ideia que originou a obra. É o que se observa no inciso I, artigo 8º da Lei Autoral, o qual estabelece que as ideias “não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei”.

Ocorre que ao reconhecer a obra como expressão sensível (material), mas, ao mesmo tempo, distinta do suporte físico a partir da qual ela é expressa e, também, distinta da ideia que a originou, a dogmática jurídica mostra-se ambivalente e de certa forma contraditória. Na perspectiva da Filosofia da Linguagem, verifica-se uma potencial desconstrução desta formulação que propõe a materialidade da expressão como parâmetro distintivo entre ideia e obra. Assim como é possível afirmar que não há pensamento sem linguagem, ou, que a linguagem é a morada do ser, assim também é possível afirmar que não há ideia sem expressão. Considerando a linguagem ambiente de expressividade, a morada do “ser”, pode-se considerar que obra e ideia coexistem enquanto manifestação operada inevitavelmente a partir da linguagem.

CONCLUSÃO

Este trabalho representa um esforço inicial em propor reflexões sobre a dogmática jurídica autoralista, a partir das transformações ocorridas no âmbito da filosofia da linguagem. Do estudo realizado, considerando os pressupostos do Giro Linguístico, foi possível constatar que a linguagem tem um papel central no questionamento sobre a existência humana, pois considera-se que o acesso ao mundo só é possível por meio da linguagem, ou melhor, o mundo se apresenta

sensível (e compreensível) apenas pela linguagem. Desse modo, todo o desenvolvimento do saber, da arte e da cultura se dá nesta dimensão, ou seja, a linguagem como condição de possibilidade existencial.

O Giro Linguístico desenvolvido no contexto da crítica filosófica do século XX, propôs a compreensão da realidade não mais a partir da perspectiva dual (sujeito/objeto). Isto implica, por assim dizer, em um redimensionamento epistemológico que une pensamento e expressão no plano da linguagem, de modo a reconhecer que não há pensamento sem linguagem ou linguagem sem pensamento. Assim, a existência - o que chamamos de realidade - é sobretudo uma dimensão linguística. Ao (re) significar a concepção e interpretação da realidade, o Giro rompe com os fundamentos da Metafísica Clássica e a Filosofia da Consciência.

A Metafísica Clássica representa uma concepção de mundo a partir do dualismo sujeito/objeto, de modo que ao observar o meio em que está imerso, o sujeito reconhece que os significados (os sentidos) são inerentes aos próprios objetos do mundo. Assim, acredita-se em uma realidade substantiva, cuja verdade é exterior à própria existência. Por sua vez, para Filosofia da Consciência, o dualismo sujeito/objeto também está presente, mas, em certo sentido, de maneira diversa já que o mundo passa a ser assujeitado pelo homem. A verdade das coisas determina-se pela consciência (pensamento) do observador. Estas duas concepções marcaram profundamente o pensamento ocidental e estão presentes até hoje, de modo que influenciaram intensamente a interpretação e produção normativa do Direito.

Com especial atenção aos Direitos Autorais, observa-se a presença marcante do dualismo, na perspectiva Autor/Obra, forjado pela Metafísica Clássica e pela Filosofia da Consciência. Assim, o Sujeito Autoral representa a “origem” de “produtos culturais” a partir do

predomínio de sua, por assim dizer, subjetividade singularizada, (auto) afirmando-se como autoridade e senhorio da criação do mundo. Nesta dimensão fundamentam-se os Direitos Morais e Patrimoniais do Autor, cuja matriz epistêmica é posta em discussão diante da perspectiva crítica oportunizada pela filosofia contemporânea.

O Giro, enquanto compreensão do mundo pela linguagem, permite (des)construir as bases relacionadas aos conceitos de Autor e Obra, possibilitando a abertura de novos horizontes de sentido para o Direito Autoral na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, Irati. A autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 189-192, maio/ago. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v27n2/irati.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2015.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2011.

ARRABAL, Alejandro Knaesel. Direito autoral e linguagem: uma (re)leitura a partir da hermenêutica filosófica. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D'Ávila. (Org.). **Hermenêutica**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

_____. Direito autoral: evolução histórica e natureza jurídica. **Revista Jurídica da FURB**, Blumenau, v. 7, n. 13, p. 107-126, jan./jun. 2003.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Tomo IV.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 6 set. 2015.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

DEMO, Pedro. **Ciência rebelde**. São Paulo: Atlas, 2012.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem: introdução à semântica filosófica**. Florianópolis: UFSC, 2014.

ECHEVERRÍA, Rafael. **Ontología del lenguaje**. 6 ed. Chile: J. C. Sáez, 2003.

ENGELMANN, Wilson; ARRABAL, Alejandro Knaesel. A (in) suficiência da dicotomia público/privado na propriedade industrial: uma análise a partir das nanotecnologias e da constitucionalização do Direito. In: BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Direito e desenvolvimento sustentável: a (necessária) proteção jurídica da biotecnologia e a (necessária) regulamentação do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais**. Passo Fundo: IMED, 2013.

FOUCAULT, Michel. O que é o autor? In: FOUCAULT, Michel.

Estética: literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GAMBOA, Silvio Áncizar Sánchez. O debate da pós-modernidade: as teorias do conhecimento em jogo. **Filosofia e Educação**, v. 2, n. 2, p. 74-98, out.2010/mar.2011. Disponível em: <<https://www.fe.unicamp.br/revistas/ged/rfe/article/viewFile/2170/2039>>. Acesso em: 6 set. 2015.

_____. **Reações ao giro linguístico:** o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem. Porto Alegre, RS: CBCE, 2009.

IBÁÑEZ, T. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, L. **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Petrópolis: Vozes, 2004.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PITITTO, Rocco. **Ciência da linguagem e ética da comunicação**. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral:** parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SEARLE, John. Filosofia da Linguagem: uma entrevista com John Searle. **ReVEL**, v. 5, n. 8, 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/files/entrevistas/revel_8_entrevista_john_searle.pdf>. Acesso em: 6 set. 2015.

SILVA, Ursula Rosa da. **A linguagem muda e o pensamento falante: sobre a filosofia da linguagem em Maurice Merleau-Ponty**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

SOARES, Edvaldo. Realismo, nominalismo e cartesianismo: sentido e natureza das ideias como representações do mundo. **Prometeus**, ano 6, n. 11, p. 75-91, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufs.br/index.php/prometeus/article/view/821/739>>. Acesso em: 6 set. 2013.

SODRÉ, Muniz. **Reinventando a cultura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOUZA, Allan Rocha de. Dilemas da legislação autoral no Brasil. In: CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. **Propriedade intelectual nos países de língua portuguesa: temas e perspectivas**. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

SOUZA FILHO, A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia Unisinos**, v. 7, p. 217-230, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101>>. Acesso em: 6 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.3, 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/>>

article/view/5451>. Acesso em: 6 set. 2015.

UNESCO. Declaração universal dos direitos humanos.

Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2015.

Como citar: ARRABAL, Alejandro Knaesel; ENGELMANN, Wilson; KUCZKOWSKI, Sidnei. Filosofia da linguagem e giro linguístico: implicações para os direitos autorais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.81-107, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p81. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 08/09/2015

Aprovado em 10/02/2016

**AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO
NO SÉCULO XXI E SUA METAMORFOSE
PELA DEMOCRACIA E JUSTIÇA**
THE CONTRADICTIONS OF CAPITALISM
IN THE 21ST CENTURY AND ITS
TRANSFORMATION BY DEMOCRACY
AND JUSTICE

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino*
Neuro José Zambam**

* Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED). Coordenador do Grupo de Pesquisa: “Ética, Cidadania e Sustentabilidade”. Membro do Grupo de Pesquisa: “Modernidade, Pós-Modernidade e Pensamento Complexo”, “Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico” e “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”. Líder Adjunto do Centro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça em Amartya Sen. E-mail: sergiorfaquino@gmail.com.

** Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professor do Curso

Como citar: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. As contradições do capitalismo no século XXI e sua metamorfose pela democracia e justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.107-140, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p108. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: As conquistas da humanidade contrastam com as desigualdades entre os povos e na organização social. O acúmulo da riqueza é contrário às situações como o analfabetismo, a violência e a pobreza. Esse artigo tem como objetivo denunciar as contradições do Capitalismo, especialmente a “coisificação” das pessoas e a incapacidade de garantir o equilíbrio social e ambiental, a fim de transformá-lo conforme as exigências da Democracia e Justiça. Insiste-se sobre a necessidade de metamorfose do Capitalismo, de novos arranjos institucionais orientados,

de Direito e Especialização da Faculdade Meridional (IMED). Membro do Grupo de Trabalho, Ética e Cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia). Líder do Centro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça em Amartya Sen. Coordenador do Grupo de Pesquisa: “Multiculturalismo, Minorias, Espaço Público e Sustentabilidade”. Líder do Grupo de Pesquisa: “Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico”. E-mail: nzambam@imed.edu.br.

principalmente, pelos Direitos Humanos para que se consolide a humanização das relações econômicas como expressão de convivência global para este século.

Palavras-chave: Capitalismo; justiça; democracia; economia; moral.

ABSTRACT: Humanity’s achievements contrasts the growing inequalities between the populace and social structures. Wealth accumulation is indifferent to situations such as illiteracy, violence, and poverty. This paper aims to denounce the epistemology of Capitalism and its pitfalls; how it can objectify humans; and its inability to ensure a social and environmental balance to change and fulfil its requirements by Democracy and Justice. The transformation of Capitalism, new institutional arrangements geared, mainly, by Human Rights to reinforce the humanization of economic relations as global coexistence for this century.

Keywords: Capitalism; justice; democracy; economy; moral.

De certa maneira, estamos, neste início de Século XXI, na mesma situação que os observadores do século XIX: somos testemunhas

de transformações impressionantes, e é muito difícil saber até onde elas podem ir e qual rumo a distribuição da riqueza tomará nas próximas décadas, tanto em escala internacional quanto dentro de cada país (PIKETTY, 2014, p. 23).

INTRODUÇÃO

Atualmente, sob o ângulo da Democracia¹ e do Capitalismo, percebe-se, ainda, o alto nível de desigualdade humana e a privação de direitos, bem como serviços públicos fundamentais ao exercício da Cidadania². Não existem condições próprias ao aperfeiçoamento da Justiça Social³ e a convivência humana. A sua reversão se impõe como um dever moral.

Ao observar as relações globais evidenciam-se as deficiências e, em certa medida, a impossibilidade de superação, equalização ou estruturação da Justiça⁴ no interior dos países ou nas relações entre os povos. O comércio de armas, para ilustrar, é amplamente dominado pelos países que compõem o Conselho de Segurança da Organização

- 1 Democracia, no pensamento de Sen, precisa ser avaliada e definida como argumentação racional pública na qual favorece o governo por meio do debate (SEN, 2010, p. 15).
- 2 [...] considerando a atual forma de sociedade, a cidadania afirma-se pelo envolvimento do cidadão nos movimentos sociais, os mais diversos, no âmbito da emergente sociedade civil e esfera pública transnacional que vai se construindo no mundo globalizado. [...] Desse modo, a cidadania, além de ser constituir num *status* legal de exercício de direitos, deve ser tomada em sua complexidade e polivalência. Significa, ao mesmo tempo, um referencial de efetivação dos direitos humanos e de alcance à dignidade; uma pragmática de preservação e de cuidados culturais, ecológicos e ambientais; uma capacidade/potência do sujeito de interferir política e socialmente nas decisões e nos assuntos que norteiam a esfera pública, seja ela estatal ou não, local ou global. A cidadania é potencial de poder político e de participação concreta do cidadão” (BERTASO; BARRETO, 2010, p. 96).
- 3 Quanto à JUSTIÇA SOCIAL, ao aceitar o esquema teórico proposto, é preciso incorporá-la como atitude e, coerentemente, exercê-la em comportamentos. Assim, quando se solicita JUSTIÇA SOCIAL, não se pode realizar o apelo ingênuo ou maliciosamente – como se o seu destinatário único fosse o Estado, ou um outro, como o Governo. O verdadeiro destinatário dos apelos à JUSTIÇA SOCIAL é o seu Agente: - o todo social, ou seja, a Sociedade. A JUSTIÇA SOCIAL somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana. E, da parte do Estado, caso ele exerça uma efetiva, contínua e legítima Função Social. Neste contexto, destaco três pontos estratégicos: 1º - a noção de JUSTIÇA SOCIAL não pode ser presa a esquemas fixados a priori e com rigidez indiscutível; 2º - a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou convidante para com os privilegiados; 3º - a responsabilidade pela consecução da JUSTIÇA SOCIAL na sua condição de destinação da FUNÇÃO SOCIAL, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade” (PASOLD, 2013, p. 55).
- 4 Justiça, para fins deste estudo, é definida pela sua dimensão racional capacitária e plural. A capacidade se refere à atitude que promove possibilidades de vida qualitativa. A perspectiva plural refere-se aos arranjos – pessoais, sociais e institucionais – capazes de promover realização nos mesmos campos. O uso da razão para se promover a Justiça parte de um senso de Injustiça a fim de trazer diagnósticos fundamentados e específicos para ambos (SEN, 2010, p. 31-35).

das Nações Unidas (ONU), principal instituição mundial com a responsabilidade de garantir a paz mundial e o equilíbrio das relações internacionais.

As guerras simbolizam as angústias e deficiências da humanidade para o planejamento e cumprimento das metas em vista de uma vida mais humana. Quando se percebe que o seu financiamento tem origem nas personalidades com a missão de construir a paz, cria-se um sentimento de impotência e frustração entre os líderes, pensadores, instituições e outros que atuam em favor de objetivos relevantes para as pessoas e o mundo.

Esses sentimentos atingem as pessoas com menor poder de organização, formação e influência, principalmente no espaço local. O mencionado cenário compromete o vigor e a manutenção da confiança e da esperança para que haja transformações contínuas e profundas nas relações humanas a fim de tornar sempre mais desejável a integração entre todos.

A partir da ameaça do aumento das desigualdades, dos índices de exclusão e dos conflitos, sejam violentos, sejam de outra natureza, as instituições, organizações, lideranças ou outros com maior ou menor influência são chamados a empreender iniciativas capazes de dinamizar e unir pessoas pelas suas metas comuns de resgate dos valores e ideais humanos e sociais e da estruturação de soluções concretas de longo prazo.

Por esse motivo, o Objetivo Geral deste artigo é de denunciar as contradições do Capitalismo, especialmente a “coisificação” das pessoas e a incapacidade de garantir o equilíbrio social e ambiental, a fim de transformá-lo conforme as exigências da Democracia e Justiça. Para o cumprimento dessa finalidade, descreve-se, ainda, os Objetivos

Específicos: a) retratar o Capitalismo e as suas contradições; b) identificar o dever do Capitalismo no século XXI como exigências da Democracia e Justiça.

A nossa convicção está ancorada na percepção da necessidade de justificar e aprofundar esses objetivos e fundamentos para a efetivação da Democracia, principalmente por meio da tolerância como um valor irrenunciável para a equalização das relações sociais e demonstrar a urgência de continuidade do ainda tímido debate sobre a ética na economia para que haja viabilidade de Justiça entre os povos.

O desvelo desse tempo e suas necessidades caracterizam-se pelo acelerado processo de globalização e pelo domínio do Capitalismo que orienta as relações intersubjetivas, a conduta moral das pessoas e da atuação de grande parte dos políticos. Verifica-se a presença de argumentos convincentes que a economia não pode atuar de forma autônoma, especialmente se guiada pelo mercado como o único sujeito responsável.

Sob igual intensidade, destacam-se as deficiências do Estado, mesmo nas democracias mais evoluídas, como interlocutor dos diálogos sobre as necessidades humanas no decorrer do tempo. O texto apresenta as contradições do Capitalismo a partir das consequências enunciadas e, simultaneamente, das suas deficiências epistemológicas as quais não permitem a efetivação dos objetivos expostos anteriormente.

Nossa abordagem tem como referência o pensamento de Amartya Sen para a exposição da crítica ao Capitalismo, principalmente a sua epistemologia, a explicitação da avaliação moral e a indicação das orientações em vista da equidade social. Juntamente com dados empíricos, optou-se, também, pela contribuição de Thomas Piketty para dialogar com a produção crítica contemporânea em vista de uma

exposição atualizada acerca do tema estudado, bem como David Harvey e Zygmunt Bauman.

A simples crítica ao Capitalismo não oportuniza a sua melhoria, tampouco estimula a criação de estratégias e instrumentos com capacidade de ampliar as condições de vida qualitativa. É necessário identificar as suas contradições para se oportunizar a melhoria de vida para os povos, especialmente aqueles nos quais se vislumbra pouca ou nenhuma ação institucional e social capaz de assegurar parâmetros mínimos de Dignidade.

Tem-se, como problema de pesquisa, a seguinte indagação: As contradições do Capitalismo, diante de um cenário econômico e ético complexo, favorecem respostas ágeis para se elaborar propostas de eliminação às desigualdades para se permitir o seu adequado funcionamento no século XXI?

A resposta, na qual aparece como hipótese de pesquisa, demonstra que os atuais critérios de produção e manutenção de riquezas gerados pelo Capitalismo não incitam o espaço democrático a indagar sobre a importância do ser humano nas suas relações diárias, mas, ao contrário, fomenta a miséria, a sobrevivência como regra social e a segregação entre as pessoas pela procura da satisfação dos interesses materiais. As suas contradições, nessa linha de pensamento, aumentam sem que haja respostas apropriadas para se permitir seu adequado funcionamento no mundo. Essas dificuldades têm estimulado ao Capitalismo a transversalidade da indignidade humana, ou seja, todos se tornam mercadorias para serem apropriados e consumidos.

A opção pela estratégia metodológica de pesquisa dedutiva oferece as possibilidades de compreender, questionar e ampliar as concepções postas e interagir com outros atores e interessados e, assim,

abordar, a partir de referências com reconhecimento universal, os temas relevantes em vista da realização humana, de políticas de sustentabilidade, da melhor distribuição dos recursos e do aprimoramento da Democracia. Elege-se, ainda, como técnicas de pesquisa a de caráter bibliográfico, o uso de categorias e seus respectivos conceitos operacionais (PASOLD, 2011, p. 25 e 37).

O atual estágio de desenvolvimento humano expressa desigualdades que, ainda, ameaçam os povos. É necessário a superação do domínio econômico, a partir da ênfase na “vontade” do mercado, como referência prioritária para a organização social segura, integrada, estável e sustentável nesse primeiro decênio do século XXI.

1 CAPITALISMO: UM RETRATO DO SÉCULO XXI

O mundo e as pessoas encontram-se sempre em movimento. Essa afirmação não é diferente especialmente aos modos de se produzir as diferentes ações culturais em diferentes territórios no globo. Dentre essas ações, cita-se a produção, difusão e aquisição do capital como premissa fundamental à manutenção (ou não) dos espaços (descritos como) democráticos e à criação de mecanismos jurídicos para se proteger as pessoas – sob o ângulo individual ou coletivo – das desigualdades que continuam a se proliferar no decorrer do tempo.

O retrato da Economia alicerçada no Capitalismo⁵ neoliberal⁶

5 Sob o ângulo da Filosofia Política, a categoria designa um sistema “[...] econômico-social caracterizado pela liberdade dos agentes econômicos – livre iniciativa, liberdade de contratar, propiciando o *livre mercado* – e pelo desenvolvimento dos *meios de produção*, sendo permitida a propriedade particular destes. Quem aciona os meios de produção (quem trabalha) em regra não os detém” (OLIVEIRA, 2010, p. 85).

6 “Não é necessário ser particularmente perspicaz para perceber que a representação da realidade feita pelo neoliberalismo – em que avulta o caráter central e prescritivo do mercado, de que decorrem a escala de valores e as regras segundo as quais os homens devem viver -, constitui uma visão unilateral de determinada categoria de homens, atentos fundamentalmente à realização de seus interesses pessoais, que pretendem fazer passar pelos interesses universais do gênero humano, a qual teria o condão de pôr

ênfatisa, neste século XXI, a ausência de maiores preocupações com a(s) pessoa(s) e sua(s) relação(ões) que ocorre(m) na vida de todos os dias. Apesar de se visualizar, com clareza, os efeitos transnacionais⁷ de um capital onipresente, parece que a sua rejeição seja improvável, pois, conforme a advertência de Harvey, “Não podemos, ao que parece, viver sem o capitalismo apesar de reclamarmos dele” (2011, p. 54).

O Capitalismo insiste, neste século, no uso desmedido, insensato, da Razão instrumental⁸ para cumprir os seus objetivos. Essa atitude evidencia a perversão econômica no uso de estratégias destinadas aos fins e não aos meios para manter o fluxo de capital em movimento. Despreza-se valores como tolerância, pluralidade, liberdade, entre outros para que cada sujeito consiga, cada vez mais, atender aos seus interesses, a continuar nessa maratona frenética da sobrevivência e esqueça, definitivamente, tudo que se manifesta ao seu redor. Observa-se, numa espantosa velocidade, a liquidez das relações humanas no tempo⁹, seja

termo à história. [...] tudo haverá de arranjar-se com privatizações tão abrangentes quanto indiscriminadas, com a ‘desregulamentação’ crescente da economia (leia-se desconstrução dos direitos e garantias sociais, resultado de seculares lutas sociais) e com a globalização econômica, alardeada como a última das virtudes da modernidade” (AZEVEDO, 1999, p. 106).

7 “No outono de 2008, no entanto, a ‘crise das hipotecas *subprime*’, como veio a ser chamada, levou ao desmantelamento de todos os grandes bancos de investimento de Wall Street, com mudanças de estatutos, fusões forçadas ou falências. O dia em que o banco de investimentos Lehman Brothers desabou – em 15 de setembro de 2008 – foi um momento decisivo. Os mercados globais de crédito congelaram, assim como a maioria dos empréstimos no mundo. [...] o resto do mundo, até então relativamente imune (à exceção do Reino Unido, onde problemas análogos no mercado de habitação já tinham vindo à tona, o que levou o governo a nacionalizar uma casa de empréstimos importantes, a Northern Rock), foi arrastado precipitadamente para a lama, gerada em particular pelo colapso financeiro dos EUA. No epicentro do problema estava a montanha de títulos de hipoteca ‘tóxicos’ detidos pelos bancos ou comercializados por investidores incautos em todo o mundo. Todo mundo tinha agido como se os preços dos imóveis pudessem subir para sempre” (HARVEY, 2011, p. 10) (grifos do autor).

8 Vale, nesse momento, rememorar as palavras de Horkheimer: “A redução da razão a um mero instrumento afeta finalmente até mesmo o seu caráter como instrumento. O espírito antifilosófico que é inseparável do conceito subjetivo de razão, e que na Europa culminou com a perseguição totalitária aos intelectuais, fossem ou não os seus precursores, é sintomático da degradação da razão. Os críticos tradicionalistas e conservadores da civilização cometem um erro fundamental quando atacam a civilização moderna sem atacarem ao mesmo tempo o embrutecimento que é apenas outro aspecto do mesmo processo. O intelecto humano, que tem origens biológicas e sociais, não é uma entidade absoluta, isolada e independente. Foi declarado ser assim apenas como resultado da divisão social do trabalho, a fim de justificar esta última na base da constituição natural do homem” (HORKHEIMER, 2000, p. 61).

9 “[...] uma centena de anos depois, parece que um resultado fatal, talvez o mais *fatal*, do triunfo global da

no contato entre os seres humanos ou no exercício das funções protetivas do Estado¹⁰.

O crédito facilitado¹¹, a publicidade global, a incapacidade de se formular ponderações sobre as (reais) necessidades¹² das pessoas no momento de se adquirir qualquer produto, o aumento do refugio humano em escala planetária, o insistente argumento de que o crescimento econômico infinito é a causa definitiva da estabilidade, o uso seletivo da liberdade pelo critério econômico, o esvaziamento dos espaços públicos para os empresariais como configuração de uma (apática) Democracia, a vida como objeto de consumo – *somos todos mercadorias* – são apenas exemplos de como o Capitalismo não conseguiu promover a emancipação do sujeito ou sequer permitiu que elaborasse outros critérios econômicos os quais permitissem a mitigação das desigualdades, a ampliação da

modernidade é a crise aguda da indústria da remoção do ‘lixo humano’, pois cada novo posto avançado conquistado pelos mercados capitalistas acrescenta outros milhares ou milhões à massa de homens e mulheres já privados de suas terras, locais de trabalho e redes comunais de proteção. [...] A quantidade de seres humanos tornada excessiva pelo triunfo do capitalismo global cresce inexoravelmente e agora está perto de ultrapassar a capacidade administrativa do planeta. Há uma perspectiva plausível de a modernidade capitalista (ou do capitalismo moderno) *se afogar em seu próprio lixo* que não consegue reabsorver e eliminar e do qual é incapaz de se desintoxicar [...]” (BAUMAN, 2007, p. 34-35) (grifos do autor).

10 “Essa fórmula de poder político (sua missão, tarefa e função) está recuando para o passado. Instituições do ‘Estado previdenciário’, voltadas para encarnar e substituir as práticas correspondentes da divina Providência, um pouco menos abrangentes, além de frustrantes e confusamente irregulares, agora são esfaceladas, desmontadas ou eliminadas, enquanto se removem as restrições antes impostas às atividades comerciais e ao livre jogo da competição do mercado e das suas conseqüências. As funções protetoras do Estado estão limitadas e ‘enxugadas’, reduzidas à cobertura de uma pequena minoria dos não empregáveis e dos inválidos, embora mesmo essa minoria tenda a ser reclassificada, passo a passo, de preocupação em termos de proteção social para uma questão de lei e ordem” (BAUMAN e DONSKIS, 2014, p. 129).

11 “[...] Com um cartão de crédito, é possível inverter a ordem dos fatores: desfrute agora e pague depois! Com o cartão de crédito você está livre para administrar a sua satisfação, para obter as coisas quando desejar, não quando ganhar o suficiente para obtê-las. Esta era a promessa, só que ela incluía uma cláusula difícil de decifrar, mas fácil de adivinhar, depois de um momento de reflexão: dizia que todo ‘depois’, cedo ou tarde, se transformará em ‘agora’ – os empréstimos terão que ser pagos; e o pagamento dos empréstimos, contraídos para afastar a espera do desejo e atender prontamente as velhas aspirações, tornará ainda mais difícil satisfazer os novos anseios. Não pensar no ‘depois’ significa, como sempre, acumular problemas” (BAUMAN, 2010, p. 12-13).

12 “O que interessa destacar é que o sistema de necessidades não pode ser imposto e arbitrado de modo que se criem novas necessidades, de forma pública ou de forma privada. Eliminar as necessidades que fazem do indivíduo um mero meio para outro é um processo de larga duração; é a democracia como trabalho. A coexistência social se solidifica com a descentralização do poder, o que permite a crítica de necessidades, tornando possível o reconhecimento e a satisfação das mesmas sem usar o outro como meio” (PIRES, 2004, p. 26).

qualidade de vida. Indiferença e medo: eis os valores que orientam o conviver no século XXI.

Vive-se um estágio histórico de profunda crise¹³ econômica no globo. Estabeleceu-se, sob o ângulo do Capitalismo, o contrato no qual se hipotecou o futuro para se usufruir – numa ilusão de plenitude – o momento presente. Existe, em qualquer território deste planeta, uma aguda cegueira moral motivada, especialmente, pela (aparente) neutralidade e objetividade das ações econômicas¹⁴, as quais transformaram o *consumo* num valor de orientação (e segregação) social denominado *consumismo*¹⁵. Veja-se, como exemplo, a figura da empresa¹⁶, cuja amplitude espacial já não se circunscreve unicamente às finalidades propostas pelo

13 No pensamento de Habermas (2002, p. 12): “[...] A crise não pode ser separada do ponto de vista de alguém que a está sofrendo, o paciente experimenta sua impotência frente à objetividade da doença, apenas porque ele é um sujeito condenado à passividade e temporariamente privado da possibilidade de ser um sujeito em plena posse dos seus poderes. Portanto podemos associar com as crises a idéia de uma força objetiva, que priva um sujeito de alguma parte de sua soberania normal. Conceber um processo enquanto uma crise significa tacitamente dar-lhe um significado normativo: a solução da crise concretiza uma libertação do sujeito colhido por ela”.

14 “[...] Os bancos se comportam mal porque não são responsáveis pelas consequências negativas dos comportamentos de alto risco. [...] Da mesma forma que o neoliberalismo surgiu como uma resposta à crise dos anos 1970, o caminho a ser escolhido hoje definirá o caráter da próxima evolução do capitalismo. As políticas atuais propõem sair da crise com uma maior consolidação e centralização do poder da classe capitalista. [...] Alguns ricos vão perder, com certeza, mas segundo a famosa observação de Andrew Mellon (banqueiro dos EUA, secretário do Tesouro de 1921 a 1932): ‘Em uma crise, os ativos retornam aos seus legítimos proprietários’ (ou seja, ele). E assim vai ser desta vez, também, a menos que um movimento alternativo político surja para detê-lo” (HARVEY, 2011, p. 16).

15 “De maneira distinta do *consumo*, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o *consumismo* é atributo da *sociedade*. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar, e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada (“alienada”) dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca a “sociedade de consumidores” em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e condutas individuais” (BAUMAN, 2008, p. 41).

16 “A empresa deixa de ser considerada como a expressão concreta do capitalismo; ela aparece cada vez mais como uma unidade estratégica num mercado internacional competitivo e como um agente de utilização de novas tecnologias. Não é nem a racionalização nem a dominação de classe que a definem melhor, é a gerência de mercados e de tecnologia. Esta passagem de uma análise em termos de classes sociais ou de racionalização a uma outra, definida em termos estratégicos, modifica completamente nossa representação de empresa. Enquanto se fala de racionalização e de conflito de classes, se permanece na imagem clássica da modernidade e da sua atuação social; ao contrário, quando a empresa é definida mais militarmente que industrialmente, o que sugere a palavra ‘estratégia’, o ator é bem mais que um agente de modernização” (TOURAINÉ, 2002, p. 150).

Capitalismo, mas se torna agente (global) estratégico para assegurar condições mínimas de satisfação às necessidades – principalmente as primárias – das pessoas. Aos poucos, a figura do Estado-providência cede seu lugar às multinacionais, cujo interior garante: trabalho, renda, reconhecimento, tomadas de decisões, exercício da política, entre outros cenários. A mitigação das incertezas e vulnerabilidades já não ocorrem no âmbito público, não se trata mais de uma função do Estado, mas resolvem-se no âmbito privado.

As relações humanas, inclusive entre cidadãos, já não se pautam pelo reconhecimento às misérias infligidas, pela solidariedade ou tolerância¹⁷ para se ajudar¹⁸, especialmente nos moldes propostos pelo Capitalismo. A tônica nessas interações é entre consumidores¹⁹ e não pessoas. Por esse motivo, o mal se torna algo banal. A violência não choca, não revolta, não permite movimento algum no sentido de evitar essa transgressão a qualquer sujeito, ao contrário: continua-se indiferente porque o medo de não sobreviver favorece a apatia política mundial.

17 “Em vez de assimilar, digerir o diverso, a tolerância tem, antes de tudo, de reconhecer o outro, seja individual, seja comunalmente. [...] o reconhecimento inverte a relação, abre uma brecha na identidade do outro: os seus interesses, opiniões, o modo de ser e sentir. Já não se trata apenas de condescendência ou sequer de simetria. O que se estabelece é a possibilidade de assimetria, porquanto, ao reconhecer-se autenticamente o outro, pressupõe-se que ele possa ter razão e venha, assim, a destituir, no todo ou em parte, a razão daquele que reconhece” (AURÉLIO, 2010, p. 138-139).

18 “Ajudar, [...], não é então fazer alarde de uma ‘caridade’ auto-satisfeita, mas testemunhar a intimidade responsiva de uma subjetividade ‘jamais’ confinada nela mesma. Ajudar se efetua, com efeito, como um apesar de si que, de uma parte, viria suspender toda naturalidade biológica dos ‘instintos de conservação’ e que, de outra parte e apesar de todos os aparentemente possíveis, não depende de modo algum de construções sociais ou jurídicas” (BENSUSSAN, 2009, p. 40).

19 “[...] Como consumidores, não juramos lealdade permanente à mercadoria que procuramos e adquirimos para satisfazer as nossas necessidades ou desejos; e continuamos a usar esses serviços enquanto eles atenderem às nossas expectativas, porém não mais que isso – ou até que deparemos com outra mercadoria que prometa satisfazer os mesmos desejos mais plenamente que o anterior. Todos os bens de consumo, incluindo dos descritos como ‘duráveis’, são intercambiáveis e dispensáveis; na cultura consumista – inspirada pelo consumo e a serviço dele -, o tempo decorrido entre a compra e o descarte tende a se comprimir até o ponto em que as delícias derivadas do objeto de consumo passam de seu uso para a apropriação. A longevidade do uso tende a encolher, e os incidentes de rejeição e descarte tendem a se tornar mais freqüentes à medida que se exaure com mais rapidez a capacidade de satisfazer (e de continuar desejáveis) dos objetos. Uma atitude consumista pode lubrificar as rodas da economia, e ela joga areia nos rolamentos da moral” (BAUMAN e DONKISS, 2014, p. 23).

A perda da sensibilidade moral²⁰ disseminada pelo Capitalismo indica a existência de dois cenários: a) a falibilidade histórica do Capitalismo por meio de sua liquidez; b) a sua saturação ao tentar manter a natureza camaleônica da sobrevivência da espécie humana pela concentração de riquezas, distanciamento entre as pessoas pela competição, desregulamentação (ou flexibilização) de direitos mínimos à preservação da Dignidade da Pessoa Humana²¹.

O primeiro cenário evidencia as mazelas criadas pelo Capitalismo e a necessidade de sua (urgente) revisão. Não se observa, por meio deste critério econômico, a chance das pessoas se emanciparem e constituírem outras condições para a melhoria de suas vidas. A imposição de competições perenes para a aquisição do capital e a sua transformação em regra de manutenção do convívio entre as pessoas demonstra que esse espaço é impróprio para todos terem oportunidades de melhorias contínuas, seja no âmbito individual ou coletivo.

A constante liquidez, esse “desfazer-se” e “refazer-se” estimulado pelas necessidades mercantis a fim de manter em movimento o fluxo de capital no globo inviabiliza a preservação das pessoas, de sua participação política, de elaboração de mecanismos legais os quais

20 “Para ser suficiente, a sensibilidade moral deve ser excessiva. Ela deve ‘ultrapassar’ o que vemos como necessidades diárias, ‘comuns’, de modo a que sempre novas formas de miséria possam ser percebidas como casos vergonhosos e intoleráveis de indignidade e humilhação, e tratadas como tal. A sensibilidade moral nunca é suficiente, e seu cultivo é condição preliminar para a ‘sociedade justa’, [...]. Essa é a principal razão para nos preocuparmos. Se o ‘partido moral de dois’ é a estufa de sentimentos morais, se é nesse partido que a arte de ‘assumir responsabilidade’ é aprendida, vivenciada, testada e exercitada, então a capacidade de justiça da sociedade depende em grande medida da qualidade dos ‘relacionamentos amorosos’ que sua cultura cultiva” (BAUMAN, 2011, p. 80-81).

21 Adota-se, para fins deste estudo, o seguinte conceito operacional para esta categoria: “*qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida*” (SARLET, 2011, p. 73) (grifos do autor).

assegurem a chance de uma vida que atenda, minimamente, suas necessidades fisiológicas, culturais e espirituais. Ninguém consegue, de modo indefinido, permanecer numa maratona sem se cansar, exaurir e tombar. A indagação é: quando, por quaisquer motivos, não se consegue sobreviver aos critérios (im)postos pelo Capitalismo, quem socorre? Novamente, a resposta: os Direitos Humanos fundamentais.

O segundo cenário, portanto, demonstra a saturação da vida capitalista pela inviabilidade de se manter a sua natureza camaleônica sem que haja desgaste ou flexibilização da Dignidade da Pessoa Humana. Se todos são mercadorias, nesse caso, a existência dessa expressão é ato de rebeldia já que pressupõe limites para as transações econômicas. O Capitalismo, nessa linha de pensamento, está fadado à sua própria perda²² se insistir na sua pretensa neutralidade, ou seja, de não existir qualquer espécie de responsabilidade, tolerância ou solidariedade (sensibilidades morais) quando empreende as suas ações no decorrer do tempo.

O mencionado fenômeno econômico não durará para sempre. Sequer possibilitará a permanência do ser humano neste planeta, pois o refugio humano, os miseráveis incapazes de compreender e acatar suas regras, demonstrará nossa incapacidade de reconhecer o estranho pelo seu vínculo antropológico comum e demandará, imediatamente, a sua eliminação para que não se tenha qualquer perturbação com a insistência do Outro não se adequar aos meus padrões de vida capitalista. A partir deste retrato, pergunta-se: Qual o dever do Capitalismo neste século XXI?

22 “O paradoxo inerente do capitalismo, a longo prazo, sua perdição: o capitalismo é como uma cobra que se alimenta do próprio rabo...Alternativamente, podemos dizer [...]: o capitalismo extrai sua energia vital do ‘*assept stripping*’, prática recentemente trazida à luz pela operação comum das ‘fusões hostis’, a qual necessita continuamente de novos ativos a serem removidos – porém mais cedo ou mais tarde, uma vez aplicada globalmente, os suprimentos tendem a se exaurir, ou a se reduzir abaixo do nível exigido para a sua sustentação” (BAUMAN, 2007, p. 33-34).

2 O CAPITALISMO COMO PODE VIR A SER NO SÉCULO XXI

A queda das Torres Gêmeas em 2001 foi um marco decisivo para a organização da geopolítica internacional e a definição das estratégias de relacionamento entre os países, as alianças em vista da segurança global, a prospecção das formas de comércio, entre outras dimensões que orientarão a construção dos cenários no futuro. Para muitos analistas esse é o marco do início do século XXI. Esse é um fato que não pode ser compreendido apenas a partir do fanatismo religioso, mas é necessário situar um conjunto de interesses que integram as novas relações globais em múltiplas áreas.

As contradições que caracterizam o momento histórico em curso demonstram a incapacidade dos sistemas políticos e econômicos de solucionarem problemas sociais básicos, conjugarem conquistas e dinamizarem equitativamente o funcionamento da sociedade, tanto no interior dos países quanto em nível internacional²³.

Esse é um retrato que denuncia a ausência de legitimidade política, econômica e moral das atuais estruturas de poder existentes no mundo. A excessiva concentração de poder, recursos e outros ativos é

23 Sen destaca graves problemas que abalam as sociedades atualmente e que são responsáveis pela ampliação das desigualdades entre ricos e pobres, fomentam guerras e divisões, impedem o exercício da diplomacia, a organização do comércio e destroem as conquistas da democracia. Pode-se destacar: “Guerras locais e conflitos militares, que têm consequências muito destrutivas (entre elas a de abalar as perspectivas econômicas dos países pobres), utilizam-se não apenas de tensões regionais, mas também do comércio global de armamentos. O status quo mundial está firmemente entrincheirado nesse tipo de negócio: os países que são membros do Conselho de segurança da Organização das Nações Unidas forma juntos responsáveis por 81% das exportações mundiais de armas de 1996 a 2000. De fato, os líderes mundiais expressam profunda frustração com a ‘irresponsabilidade’ dos ativistas antiglobalização governam os países que ganham mais dinheiro com esse tipo terrível de comércio. Os países do G8 venderam 87% do total de armas exportadas no mundo inteiro. Somente a parte dos Estados Unidos chegou a quase 50% do total de vendas no mundo. Além disso, chega a 68% o total das exportações americanas de armas que foram para países em desenvolvimento” (SEN, 2010, p. 30).

uma questão crucial para a abordagem e a proposição de soluções para problemas complexos e de difícil abordagem. Nesse contexto é decisiva a constatação de Piketty (2014, p. 9): “A distribuição da riqueza é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade”.

Sob igual intensidade, Sen denunciou o fosso que separa o agir humano orientado pela instrumentalização de pessoas, dos bens naturais e ambientais e das instituições e os compromissos morais, especialmente após o advento da modernidade, “Eu diria que a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre ética e economia” (SEN, 1999, p. 23). A necessidade de outra configuração para o ordenamento social é apresentada pelo mesmo (2010, p. 65), “Eis então a pergunta que temos de nos fazer: quais as reformas internacionais de que necessitamos para tornar o mundo um pouco menos injusto?”.

As contradições evidenciadas revelam as deficiências e o teor da crise que assola a Humanidade. Se se considerar o Capitalismo como o sistema que dominou as diferentes áreas da organização social no último período e a sua capacidade de reorganização e reconfiguração das suas referências, destaca-se a necessidade de questionar a sua legitimidade a partir das suas consequências e a sua legitimidade moral para continuar sendo a referência para o século XXI.

Piketty (2014, p. 268), quando analisa o problema da desigualdade e as dificuldades de sua equalização ou superação afirma, na obra “O capital no século XXI”, que foram as I e II Guerras Mundiais os eventos responsáveis pela diminuição dos níveis de desigualdade no século passado. Essa constatação, que no primeiro plano parece inusitada, demonstra as deficiências históricas e suscita questões para os diferentes atores sociais.

Sobrepõem-se questões como: Qual a força das teorias da Justiça? O que podem propor as instituições? Existem mecanismos de atuação e participação que podem efetivar mudanças a partir de outros referenciais que não a guerra? O Capitalismo pode ser reformulado e ter legitimidade? Qual o valor e a força da Democracia? Existe espaço para a pessoa ser protagonista? Quais as prerrogativas do Estado e do mercado?

A nossa convicção é que, para a construção da identidade do século XXI, a humanidade, especialmente os seus dirigentes, precisarão estruturar o sistema de relações sociais e institucionais os quais contemple, prioritariamente, a equalização das desigualdades²⁴. A opção pela prioridade desse dilema se justifica porque quanto maiores forem as desigualdades, mais fortes e longevas são suas ameaças e consequências para os diferentes campos da convivência humana, da organização social e da relação com os demais desafios da atualidade como, por exemplo, a relação entre as culturas ou do ser humano e o mundo natural. Por outro lado, as dificuldades para a sua correção se evidenciam com a mesma intensidade ou, quiçá, maiores. As desigualdades são, na sua expressão e simbologia, o retrato real da vigência de injustiças²⁵.

Essa contradição que caracteriza o início do século XXI e a

24 Sen e Kliksberg (2010, p. 150-151) demonstram essa gravidade referindo-se especificamente à América Latina: “Em Honduras, 43% dos 20% mais ricos concluíram o segundo grau, enquanto nos 20% mais pobres a taxa é de 1,2%. A conclusão do secundário é 35% mais elevada entre os mais ricos do país do que vivem em situação de pobreza extrema entre os mais pobres. [...] As desigualdades na América Latina expressam-se de maneira mais aguda nos campos étnico e racial. Calcula-se que mais de 80% dos 40 milhões de indígenas da região. São muito contrastantes, igualmente, as disparidades, nos indicadores básicos, entre a população branca e a afro-americana. Soma-se a isso a permanência de importantes discriminações de gênero no mercado de trabalho e em outros campos”.

25 “A extensão das desigualdades inviabiliza, entre outros aspectos, o equilíbrio das relações humanas, sociais e ambientais e entre os países, o exercício da liberdade, a utilização adequada dos recursos disponíveis, o cesso aos bens necessários para uma boa qualidade de vida, o fortalecimento e o aprimoramento da diplomacia e das atividades comerciais, assim como, as formas de estabelecer e cumprir os contratos, tanto internos quanto os níveis internacionais. As gritantes desigualdades não têm justificativa moral nem encontram legitimidade nas teorias da justiça mais importantes. Impõe-se, nesse contexto, uma questão que, tradicionalmente, desafia a reflexão e a capacidade humanas para a organização das sociedades, qual seja: Quais são as condições para uma sociedade justa?” (ZAMBAM, 20120, p. 22).

necessidade de superação, sob pena de a humanidade, ou parte expressiva de seu contingente, desaparecer ou ser vítima de sofrimentos e agruras, está simbolizada na expressão de Piketty (2014, p. 459):

Será que podemos imaginar para o Século XXI uma superação do capitalismo que seja ao mesmo tempo mais pacífica e mais duradoura, ou deveríamos apenas esperar pelas próximas crises ou pelas próximas guerras, verdadeiramente mundiais dessa vez? Com base nas evoluções e nas experiências históricas que apresentamos aqui, quais instituições e políticas públicas permitiram regular de maneira justa e eficaz o capitalismo patrimonial global no século que se inicia?

O Capitalismo construiu um conjunto de justificativas morais e objetivas para efetivar os seus objetivos e metas, fundamentadas racionalmente e com repercussão prática na vida pessoal e social. A possibilidade de alcançar o que está proposto negligencia o fosso que uma sociedade ou os indivíduos estão dispostos. Destaca-se o incentivo ao empreendedorismo como forma de conquistar melhores condições de vida, realização pessoal e bem-estar social²⁶. Essa é uma dinâmica mordaz denunciada por Piketty (2014, p. 432): “Entretanto, o argumento empreendedor não possibilita justificar todas as desigualdades patrimoniais, por mais extremas que sejam, sem nenhuma preocupação”.

O Capitalismo não consegue garantir estabilidade política, distribuição de renda, fortalecimento da Democracia, orientar a utilização segura dos recursos naturais e ambientais, compromisso com as futuras gerações ou o direito das culturas porque na sua origem está a prerrogativa

²⁶ A busca pelo bem-estar social como forma de realização individual e equidade social foi criticada por Sen (1999, p. 45): “A economia do bem-estar tem sido uma espécie de equivalente econômico do ‘buraco negro – ali as coisas podem estar, mas de lá nada pode escapar”.

do lucro como a meta mais importante e orientadora das ações dos dirigentes dessas instituições. Outrossim, nesta lógica de organização, as instituições, o Estado e outros precisam submeter-se a essa dinâmica e às orientações do mercado.

A efetivação dessa compreensão conduziu ao afastamento entre ética e economia. A ascensão do mercado como regulador das relações econômicas privilegiou o indivíduo em detrimento da coletividade, o progresso econômico ao desenvolvimento, o lucro à satisfação das necessidades básicas, a Democracia e a participação nos destinos da sociedade, a garantia dos direitos e a liberdade são valores correlacionados e dependentes do sistema econômico.

A elevação do econômico a um patamar de prioridade (absoluta) compromete conquistas fundamentais da humanidade e extingue o valor moral da Democracia e da pessoa. Passe-se à condução de uma concepção que aproxima razão e técnica em detrimento dos demais referenciais, como atesta Piketty (2014, p. 413):

A racionalidade econômica e tecnológica nada tem a ver com a racionalidade democrática. O iluminismo engendrou a democracia, e é muito comum pensar que a economia acompanharia essa lógica democrática naturalmente, como que por encantamento. Ora, a democracia real e a justiça social exigem instituições específicas, que não são apenas as do mercado e também não podem ser reduzidas às instituições parlamentares e democráticas formais.

O início do século XXI foi marcado por realidades surpreendentes, além das citadas, o acelerado processo de globalização e a possibilidade de acesso universal aos recursos da tecnologia, além da consagração da Democracia como o melhor sistema de organização social. Entretanto, evidenciam-se tanto em nível de estados nacionais quanto

em nível internacional as mazelas do Capitalismo excludente²⁷ e a sua reestruturação.

Pode-se afirmar que um sistema político e econômico alcançará legitimidade conforme sua capacidade de articular o valor da pessoa como sujeito de direito, a efetivação da Democracia²⁸ com suas instituições e formas de participação aprimoradas, a estabilidade econômica, a distribuição equitativa de renda, as políticas de desenvolvimento sustentável e o compromisso com as futuras gerações.

3 PELA HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS: ESBOÇOS DE UMA CRÍTICA

A privação de contato, de proximidade, de participação do ser humano com o seu semelhante torna inviável qualquer projeto de aperfeiçoamento da Democracia como o espaço de reconhecimento do Outro, da sua diferença para se aperfeiçoar o “Eu” na relação com o “Tu” a fim de constituir o “Nós”. Quando o Capitalismo, observado como valor econômico, substitui “valores de utilidade” por “valores fundamentais”²⁹, substitui “pessoas” como “coisas”, jamais de conseguirá atingir - ou sequer aperfeiçoar - relações humanas tolerantes e qualitativas, motivadas pelo esforço comum e distribuídas por critérios econômicos justos, ainda

27 “Existe também um desafio considerável para a regulação financeira. Atualmente, as organizações internacionais que têm o encargo de regular e vigiar o sistema financeiro mundial, a começar pelo Fundo Monetário Internacional, têm o conhecimento apenas aproximado da distribuição mundial dos ativos financeiros, e em particular da magnitude dos ativos mantidos nos paraísos fiscais” (PIKETTY, 2014, p. 505).

28 “Existem, contudo, meios pelos quais a democracia pode retomar o controle do capitalismo e assegurar que o interesse geral da população tenha precedência sobre os interesses privados, preservando o grau de abertura econômica e repelindo retrocessos protecionistas e nacionalistas” (PIKETTY, 2014, p. 459).

29 Essa distinção é muito clara no pensamento de Scheler: “A mais profunda inversão da hierarquia valorativa, que a moral moderna carrega consigo é, porém, a subordinação, que vai se insinuando cada vez mais, dos valores vitais aos valores de utilidade; subordinação esta que cresce em todos os seus desdobramentos, e se insere mais profundamente com a conquista do espírito industrial e comercial, passando pelo militar e pelo teológico-metafísico, até o seio de todas as avaliações concretas” (SCHELER, 1994, p. 165).

que seja pelo Capitalismo.

Sob igual argumento, não se justifica, hoje, essa acumulação³⁰ infinita de bens, propriedades (ou, ainda, acesso a direitos) travestida como crescimento, progresso ou qualidade de vida apenas para uma parcela populacional insignificante das diferentes sociedades existentes no mundo. A ilusão de uma competição sem limites, demonstrada pela hipermeritocracia³¹, como (único) meio de acender à estabilidade econômica no século XXI e, nessa linha de pensamento, excluir todos aqueles incapazes de seguirem essa “fórmula” para se conseguir uma vida minimamente digna seria rememorar a frase de Marx nos seguintes termos: o Capitalismo aparece, primeiro, como tragédia e, depois, como farsa³².

O fenômeno econômico citado, bem como outros sistemas de igual conceituação, necessita de uma arquitetura teórica e prática, isto é, que seja viável, para alcançar seus objetivos, normalmente relacionados ao equilíbrio fiscal, controle das taxas de juros, garantias de crescimento econômico com aumento da produção, balança comercial - nacional

30 Segundo o pensamento de Habermas (2002, p. 72): [...] o processo de acumulação de capital requer adaptação do sistema legal a novas formas de organização comercial, competição, financiamento etc (por exemplo, através da criação de novos arranjos legais em direito bancário e comercial e na manipulação do sistema fiscal). Assim agindo, o Estado se limita às adaptações *complementadoras do mercado* num processo cuja dinâmica ele não influencia: pois os princípios sociais da organização, bem como a estrutura da classe, permanecem intactas”.

31 A forte desigualdade, para Piketty, origina-se, também, pela “sociedade hipermeritocrática” ou “sociedade de superexecutivos”, a qual é uma invenção americana. Por esse motivo, o autor não se surpreende “[...] em nada que os bem-sucedidos dessas sociedades gostem de descrever assim a hierarquia social e tentem, às vezes, convencer os malsucedidos disso” (PIKETTY, 2014, p. 259).

32 “Em alguma passagem de suas obras, Hegel comenta que todos os grandes fatos e todos os grandes personagens da história mundial são encenados, por assim dizer, duas vezes. Ele se esqueceu de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa. [...] Os homens fazem a sua própria história; contudo não a fazem de livre e espontânea vontade, pois não são eles quem escolhem as circunstâncias sob as quais ela é feita, mas estas lhes foram transmitidas assim como se encontram. A tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem estar empenhados em transformar a si mesmos e as coisas, em criar algo nunca antes visto, exatamente nessas épocas de crise revolucionária, eles conjuram temerosamente a ajuda dos espíritos do passado, tomam emprestados seus nomes, as suas palavras de ordem, o seu figurino, a fim de representar, com essa venerável roupagem tradicional e essa linguagem tomada de empréstimo, as novas cenas da história mundial” (MARX, 2011, p. 25-26).

e internacional - favorável, mercado competitivo, entre outros. O Capitalismo acresce a isso a necessidade de aumento do lucro, otimização dos recursos disponíveis com diminuição de custos e presença reduzida do Estado (NOZICK, 1994, p. 67).

Por esse motivo, o debate mais importante hoje em países como Alemanha, Suécia, França ou Itália não está na eliminação - ou desmantelamento - do Estado social, ao contrário, mas na sua organização, consolidação e modernização, ou seja, de como as finanças públicas devem mitigar as absurdas diferenças entre “ricos” e “pobres”³³ a fim de garantir acesso aos serviços públicos e direitos fundamentais para todos. Não é possível, rememora Piketty, atingir esses objetivos sem que se repense o que é o “setor público”³⁴.

A reflexão sobre as relações econômicas neste início do século XXI³⁵, especificamente sob o prisma jurídico filosófico, supõe a capacidade de analisar os desafios, as necessidades, a problemática e a atuação das pessoas e instituições de forma não restritiva³⁶ ou, sob o

33 “[...] a redistribuição moderna não consiste na transferência de riqueza dos ricos para os pobres, ou pelo menos, não de maneira tão explícita. Ela consiste em um financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma mais ou menos igualitária para todos, especialmente nos domínios da educação, da saúde, das aposentadorias. [...] A redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de igualdade de acesso a certo número de bens julgados fundamentais” (PIKETTY, 2014, p. 467).

34 “[...] A própria noção de ‘setor público’ é em si reducionista: a existência do financiamento público não significa que a produção do serviço em questão seja realizada por pessoas diretamente empregadas pelo Estado ou pelas coletividades públicas em sentido estrito. No setor de educação ou de saúde, existe em todos os países uma grande diversidade de estruturas jurídicas, sobretudo na forma de fundações e associações, que são intermediárias entre duas formas opostas, o Estado e a empresa privada, e que participam da produção do serviço público” (PIKETTY, 2014, p. 470).

35 A Teoria da Justiça de Amartya Sen apresenta um conjunto de dimensões que precisam compor a agenda de temas relacionados às condições de justiça: “A necessidade de um entendimento da justiça assente nas relações conseguida liga-se ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente à vida que as pessoas podem efetivamente viver. A importância das vidas dos homens, das experiências e realizações não podem ser suplantadas pela informação que nos chega sobre instituições existentes e regras que funcionam. As instituições e as regras, são, com certeza, de grande importância pela influência que exercem sobre tudo o que acontece, e também elas são parte inseparável do mundo real, todavia essa que é a realidade vigente e realizada vai muito além do quadro puramente organizacional, e inclui em si as próprias vidas que as pessoas conseguem – ou não conseguem – viver” (SEN, 2010, p. 57).

36 Para Habermas (2002, p. 80): “[...] As várias burocracias são além disso, incompletamente coordenadas e, por causa da sua deficiente capacidade de perceber e planejar, dependente da influência dos seus clientes.

prisma dominado pela transcendentalidade, admite-se que a realidade é complexa, pois os sistemas políticos isoladamente não garantem a necessária estabilidade. As acirradas disputas entre Estado³⁷ e mercado, os novos atores globais e o grave dilema das desigualdades, conforme já se mencionou em outros momentos deste artigo, comprovam a profundidade do abismo entre o ser humano e o Capitalismo na busca de horizontes, de soluções, de mudanças capazes de promover - e tornar acessível - os benefícios do progresso para todos.

Percebe-se que a humanização das relações econômicas não é apenas o resultado de uma clareza acerca da importância de cada ser humano, mas, igualmente, a necessidade de se rever formas justas de distribuição das riquezas originárias do recolhimento de impostos, de atividades comerciais - nacionais ou internacionais, conforme a expressa previsão de direitos que assegurem o mínimo de dignidade para todos. O cumprimento desses objetivos importa na revisão de atitudes dicotômicas entre a esfera pública e privada, bem como a sua modernização, organização, consolidação e acessibilidade para se oportunizar e ampliar os espaços democráticos, profundamente mais pluralistas e ambíguos³⁸. É a partir desses critérios que se consegue, a longo prazo, compreender

É precisamente esta realidade deficiente da administração governamental que garante o sucesso dos interesses especiais organizados. As contradições entre os interesses dos capitalistas individuais, entre interesses individuais e o interesse coletivo capitalista, e enfim, entre interesses específicos de um sistema e interesses generalizados, são deslocados para o aparelho do Estado”.

37 “O Estado-nação permanece sendo a escala pertinente para modernizar profundamente várias políticas sociais e fiscais, e também, em certa medida, para desenvolver novas formas de governança e propriedade partilhada, um intermediário entre propriedade pública e privada, o que é um dos grandes desafios do futuro. No entanto, somente a integração política regional permitirá almejar uma regulação eficaz do capitalismo patrimonial globalizado do século que se inicia” (PIKETTY, 2014, p. 557).

38 “O modelo ideal da sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo de Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista” (BOBBIO, 2000, p. 36).

as metamorfoses humanas e institucionais para se garantir estabilidade às pessoas (acesso a bens e direitos fundamentais), aos Estados e mercados sem que haja a exclusão de nenhum desses elementos no projeto de convivência entre os povos. Insiste-se, contudo, na seguinte afirmação: os limites jurídicos de atuação do mercado devem respeitar e aplicar o princípio da igualdade, já descrito pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) em 1789 e adotado pelas diferentes constituições dos países democráticos.

A redação do artigo 1º da referida Declaração enuncia: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”³⁹. Segundo o pensamento de Piketty, essa prescrição normativa estabelece que a regra a ser observada é a igualdade. O seu oposto - desigualdade - é exceção admitida, tão somente, nos casos de “utilidade comum”⁴⁰.

O esforço deste artigo é de rememorar, historicamente, a necessidade de se ampliar, da forma mais igualitária possível, o acesso das pessoas a direitos e bens considerados fundamentais. A desigualdade existe nos limites dos Estados democráticos, mas é necessário um esforço conjunto no sentido de mitigar o seu surgimento, especialmente para aqueles que possuem diversas restrições para que sua vida se desenvolva, minimamente, de forma digna (PIKETTY, 2014, p. 467-468). Esse é o véu que insiste em não ser despedaçado pelo Capitalismo e que deseja, sempre, tornar flexível, conforme as necessidades de mercado,

39 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 08 fev. 2015.

40 “[...] Uma interpretação razoável é que as desigualdades sociais só são aceitáveis se forem do interesse de todos e, especialmente, se forem do interesse dos grupos sociais menos privilegiados. É necessário então estender os direitos fundamentais e as vantagens materiais ao máximo de pessoas possível, sobre tudo se for do interesse daqueles que têm menos direitos e que enfrentam oportunidades de vida mais restritas” (PIKETTY, 2014, p. 467).

as irredutíveis jornadas de trabalho, o direito à aposentadoria, o direito à educação, o direito à saúde, o direito ao acesso ao Poder Judiciário, entre outros.

Na ausência desses critérios - legais, morais, organizacionais-, o Capitalismo perpetua tão somente a sobrevivência daquele que consegue, economicamente, se manter diante das necessidades do mercado⁴¹. Por exclusão, os que não sobrevivem ao “jogo do capital”, devem ser eliminados, seja pela fome, pela falta de abrigo, pelos suicídios de pessoas as quais não conseguem ofertar condições de vida para suas famílias, pelo desemprego global, pela falta de atitude do Estado com as pessoas⁴². Observa-se a transição da pobreza⁴³ para a miséria humana⁴⁴ sem que haja qualquer preocupação na necessária humanização das relações econômicas.

41 E rememora Bauman: “A cooperação entre Estado e mercado no capitalismo é a regra; o conflito entre eles, quando acontece, é a exceção. Em geral, as políticas do Estado capitalista, ‘ditatorial’ ou ‘democrático’, são construídas e conduzidas *no interesse* e não *contra o interesse* dos mercados; seu efeito principal (e intencional, embora não abertamente declarado) é avalizar/permitir/garantir a segurança e a longevidade do *domínio do mercado*” (BAUMAN, 2010, p. 31) (grifos do autor).

42 “A produção e aplicação do Direito aparecem, tal como a Função Social do Estado, como empecilhos nos quais impedem o Mercado de se agir sem a interferência de regras e princípios que pressupõem proteção ao desenvolvimento humano. [...] Essas são as misérias causadas pela imposição das políticas neoliberais nos países periféricos. As regras e princípios nas quais oferecem (re)estruturação a fim de se proteger, razoavelmente, as relações intersubjetivas não podem pactuar com as desconstruções do Estado e Direito a partir da manutenção do lucro e Economia” (AQUINO, 2015, p. 351-352).

43 Segundo Sen (2012, p. 173-174): “Pode ser sustentado que a pobreza não é uma questão de bem-estar baixo, mas da incapacidade (*inability*) de buscar o bem-estar precisamente pela falta de meios econômicos. Se o ‘Sr. Rico’ (*Mr. Richman*) tem uma renda alta e pode comprar qualquer coisa que necessite e, ainda assim, desperdiça oportunidades e acaba numa condição bastante miserável, seria estranho chamá-lo de ‘pobre’. Ele dispunha dos meios para viver bem e ter uma vida sem privações, e o fato de que ele contudo deu um jeito de gerar alguma privação não o situa entre os pobres. [...] Se queremos identificar a pobreza em termos de renda, não pode ser adequado considerar *apenas* as rendas (quer dizer, se a renda é genericamente baixa ou alta), independente da capacidade para realizar funcionamentos deriváveis dessas rendas. A adequação da renda para evitar a pobreza varia parametricamente com as características pessoas e as circunstâncias” (grifos do autor).

44 “A pobreza e a miséria estão no mesmo plano de degradação terrena, se bem que em pontos profundamente distintos. A primeira é um *poço fundo*: rarefeito, vertiginoso, cadente, irrespirável. A outra é o *fundo do poço*; isso mesmo: um lugar comum, escuro, aporístico, seco. A miséria está por aí, arrastada nas cidades e nos campos, rastejada pelos meninos de rua, pelos mendigos, pelos indigentes, pelos menores delinquentes, pelos analfabetos, pelos negros discriminados, pelos lavradores sem cultura, pelos famintos, [...]. Nem todos necessariamente pobres ou miseráveis, nem contingencialmente ricos e poderosos, mas todos, de forma voluntária ou involuntária, estamos irremediavelmente condenados ao destino miserável e infernal da desumanidade” (LONGO, 2004, p. 145) (grifos do autor).

Por esse motivo, é oportuno voltar à pergunta formulada no início deste texto: qual o devir do Capitalismo no século XXI? Essa indagação, contudo, deve ser acompanhada por outra, qual seja: O Capitalismo é moral? Se é possível entender o objetivo dessa pergunta, consegue-se visualizar o cumprimento de humanização da primeira. No momento presente, observa-se que o Capitalismo oportuniza condições para o desenvolvimento da Economia, do trabalho, da cultura, da tecnologia, enfim, promove, em certo sentido, qualidade de vida para as pessoas. Entretanto, nem sempre esse cenário se é acessível a todos, especialmente quando os interesses de mercado⁴⁵ violam, expressamente, direitos fundamentais os quais asseguram, ao menos, a igualdade entre os cidadãos.

Todo ser humano realiza escolhas, segundo as suas preferências, sejam positivas ou negativas. No primeiro caso, as ações têm sentido moral, ou seja, se destinam a promover algo bom não apenas para a satisfação do “Eu”, mas, ainda, para o “Tu” e, exercido de modo habitual, ao “Nós”. Percebe-se que a ação moral envolve responsabilidades, cooperação⁴⁶. No sentido contrário, toda ação na qual elimina o Outro, favorece a postura egoísta, seja individual ou coletiva, denomina-se como uma ação imoral. Os genocídios que ocorrem no mundo pela falta de

45 “[...] A cotação do cacau, para ficar com esse exemplo, é submetida à lei da oferta e da procura. A moral não tem nada a ver com isso. E a economia, por sua vez, também não tem nada a ver com a moral. O fato de todo indivíduo, de um ponto de vista moral, ter o direito de matar a fome não diz nada sobre os meios econômicos para matá-la. Distinção das ordens. Não é a moral que determina os preços; é a lei da oferta e da procura. Não é a virtude que cria o valor; é o trabalho. Não é o dever que rege a economia; é o mercado. O capitalismo, é o mínimo que podemos dizer, não é exceção” (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 78-79).

46 “[...] Richard Sennet descreveu a modalidade da espécie de humanismo que ele invocava com urgência: em prol da cooperação informal, irrestrita. Informal porque as regras da cooperação não são estabelecidas de antemão, mas surgem no curso da cooperação. Irrestrita porque nenhum dos lados entre na cooperação com o pressuposto de saber de antemão o que é verdadeiro e correto - cada um deles, em vez disso, ajustado para desempenhar o papel de aprendiz assim como de mestre. E cooperação porque a interação está voltada para o benefício mútuo dos participantes, e não para sua divisão entre vitoriosos e derrotados” (BAUMAN; DONSKIS, 2014, p. 142-143).

alimentos, pelo comércio de armas, a indiferença presente nas pequenas atitudes do dia-a-dia, os favorecimentos ilegais no cenário político em detrimento à consolidação de políticas públicas, entre outras posturas, são exemplos de desestímulo à ação moral.

O Capitalismo, portanto, não é um ser humano. É um sistema econômico destinado a criar riquezas (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 85) e organizar a vida das pessoas. Nada mais. Não se trata de alguém que avalia e expressa valores. A sua ideologia, sim, está presente em todos os lugares, privados ou públicos, porém é incapaz de ter autonomia suficiente a fim de expressar o seu juízo de valor⁴⁷. Por esse motivo, insiste-se: O Capitalismo não é moral, tampouco imoral, mas amoral⁴⁸, ou seja, nas palavras de citado autor (2005, p. 79):

Não se pode exigir, como Marx tentou, a criação de um sistema econômico moral, incorruptível, no qual não exista qualquer espécie de exploração do homem sobre o homem (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 86). Nessa linha de pensamento, observa-se que Justiça e igualdade não são expressões sinônimas, mas a primeira oportuniza elaborar condições valorativas iguais para o máximo de pessoas possíveis. O Capitalismo não é o lugar para se exigir atitudes morais. Essas somente podem aparecer por meio das ações, positivas ou negativas, dos seres humanos.

A humanização das relações econômicas, no seu sentido ético e tolerante, denota a compreensão sobre a necessidade de cooperação,

47 “[...] Um livro, mesmo se infinito, que contivesse a descrição completa do mundo, logo o conjunto de todas as proposições verdadeiras, descreveria notadamente o conjunto dos nossos juízos de valor. Mas não os julgaria. Só haveria nele fatos, fatos-fatos, mas não moral. Conhecer não é julgar: a moral não tem pertinência alguma para descrever ou para explicar nenhum processo que se desenrole [...]. Isso vale em particular para a economia, que faz parte dessa primeira ordem, logo para o capitalismo” (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 77-78).

48 “[...] se quisermos que exista moral numa sociedade capitalista (ora, tem de haver moral numa sociedade capitalista também) essa moral, como em toda sociedade, só pode vir de outra esfera que não a economia. Não contem com o mercado para ser moral no lugar de vocês!” (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 79).

de mitigação das desigualdades a fim de se evitar essa miséria na qual habita todo o planeta. É a partir deste ponto de partida que o Capitalismo se torna possível como medida econômica a fim de garantir qualidade de vida, ou seja, expressará aquilo que se torna claro para todos: a justa distribuição de riquezas, especialmente ao cumprimento das tarefas sociais estatais, com o objetivo de ampliar o espaço democrático pela igualdade de acesso e condições de vida digna.

A partir desse argumento, visualiza-se o devir do Capitalismo no século XXI. A sua necessária transformação pela mitigação de suas contradições não é uma tentativa de torná-lo puramente moral⁴⁹, mas de, pelo menos: a) esclarecer a importância do que é ser humano, especialmente nas suas relações diárias com o Outro, sem torná-lo uma mercadoria posta à venda e; b) revisar, organizar, ampliar, consolidar a produção, captação e distribuição da riqueza a fim de que todos usufruam de condições iguais ao desenvolvimento de suas vidas, consolidados, ainda, por meio de direitos fundamentais os quais assegurem, cada vez mais, o bem-estar do maior número possível de pessoas em todo o território terrestre.

CONCLUSÃO

A complexidade das relações econômicas, seja pela sua identidade, seja pelas demandas e desafios do limiar do século XXI, dominadas pela concepção capitalista, retrata o nosso cotidiano pela profundidade das desigualdades, a sobreposição de interesses corporativos, as novas formas de imperialismo e as ameaças à Democracia. Todos esses cenários devem

⁴⁹ “Querer fazer do capitalismo uma moral seria fazer do mercado uma religião e da empresa, um ídolo. É precisamente o que se trata de impedir. Se o mercado virasse uma religião, seria a pior de todas, a do bezerro de ouro. E a mais ridícula das tiranias, a da riqueza” (SPONVILLE-COMTE, 2005, p. 87).

afirmar e ampliar nossa (irrestrita) responsabilidade moral, mesmo que em pequenas escalas, diminuir as diferenças as quais eliminam seres humanos.

O grave distanciamento entre a moral e as relações econômicas está na origem dessa problemática. A necessária aproximação e suas consequências para o equilíbrio social foi destacada por Sen (1999, p. 25): “Mas gostaria de mostrar que a economia, como ela emergiu, pode-se tornar mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humanos”.

Essa temática não pode ser limitada às concepções dominadas pelos interesses individuais, corporativos ou auto interessados. Sob idêntica convicção, afirma-se que os valores mercantis não têm a capacidade, por si, de organizar as diferentes sociedades, tampouco reconhecer a importância do ser humano. Ao contrário, a transparência da sua atuação e a publicidade das informações é fundamental para a equidade social.

A conjugação de interesses sociais precisa de um sistema de organização com valor moral e em condições de ordenar o funcionamento da sociedade, ampliar os níveis de participação, garantir o exercício da liberdade e compor um sistema jurídico que, simultaneamente, congregue a clareza legal, a efetivação das proposições e esteja aberto aos novos contextos. A Democracia é o melhor sistema de organização social porque é nesse espaço que as ações morais se realizam e ganham eficácia. Não se pode esperar que o Capitalismo seja moral por nós, pois os efeitos dessa concepção seriam desastrosos para aquelas pessoas incapazes de viverem numa “sociedade hipermeritocrática” ou numa “sociedade de superexecutivos”.

Essas considerações sobre o Capitalismo não podem suplantar as

conquistas e a importância dos Direitos Humanos como fonte de assegurar, minimamente, a igualdade e dignidade para todos. A compreensão do Homem como sujeito de direitos - consagrada nas constituições democráticas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos - é crucial para avaliar, orientar e corrigir as sociedades que destacam tão somente o seu desenvolvimento a partir dos valores econômicos. Eis o motivo para que haja uma intensa metamorfose do Capitalismo e suas contradições a fim de se identificar, a partir dos Direitos Humanos, objetivos econômicos mais humanizados.

Os direitos considerados fundamentais precisam integrar a cultura de uma sociedade economicamente viável, ou seja, capaz de avaliar a sua expressão moral a partir da importância do ser humano e conjugar esforços no sentido promover a modernização do Capitalismo para que haja a adequada produção, captação e distribuição das riquezas, seja no âmbito privado ou público.

A partir dessas ações, verifica-se como o Capitalismo e a Democracia estimulam a cooperação ética e tolerante ao mitigarem, historicamente, o abismo profundo causado pelas misérias e desigualdades da acumulação infinita de bens e direitos para uma parcela insignificante da população mundial.

Por esse motivo, a hipótese de pesquisa apresentada no início deste texto foi confirmada. Para tornar a vida acessível e digna a todos, o Capitalismo precisa se modificar, precisa sofrer profundas alterações na sua estrutura, nos seus valores, seja nas relações humanas diárias ou naquelas institucionais, para se permita a mitigação das misérias causadas pelas suas contradições pautadas exclusivamente pela satisfação do auto-interesse em diferentes níveis.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Direitos humanos, ética e neoliberalismo: (im)possibilidades hermenêuticas na pós-modernidade. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de (Orgs.). **Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

AURÉLIO, Diogo Pires. **Um fio de nada**: ensaio sobre a tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

_____. **Bauman sobre Bauman**: diálogos com Keith Tester. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BENSUSSAN, Gérard. **Ética e experiência**: a política em Lévinas.

Tradução de Ozanan Vicente Carrar. Passo Fundo, (RS): IFIBE, 2009.

BERTASO, João Martins. Cidadania. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HARVEY, David. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Penchanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2000.

LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro, 1994.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. 2010. Capitalismo. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **A função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. Itajaí, (SC): Editora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIRES, Cecília Maria. **Ética da necessidade**: e outros desafios. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**: ensaios e artigos. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, (RJ): Vozes, 1994.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, B. 2010. **As pessoas em primeiro lugar**. Tradução de Bernardo Ajzenbrg e Carlos Eduardo Lins e Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

_____. **A ideia de justiça**. Tradução Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra, Almedina, 2010.

_____. **Sobre ética e economia**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

SPONVILLE-COMTE, Andre. **O capitalismo é moral?** Sobre algumas coisas ridículas e as tiranias de nosso tempo. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade.** Tradução de Elia Ferreira Edel. 7. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2002.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen:** liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

Como citar: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. As contradições do capitalismo no século XXI e sua metamorfose pela democracia e justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.108-145, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p108. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 02/08/2015

Aprovado em 06/06/2016

**A REGULAÇÃO AUTÔNOMA NO
BRASIL: UM DIÁLOGO COM A
EXPERIÊNCIA FRANCESA**
AUTONOMOUS REGULATION IN
BRAZIL: A DIALOGUE WITH THE
FRENCH EXPERIENCE

Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin*
Fabiano Teodoro de Rezende Lara**

* Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Direito Internacional e Europeu na Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, com bolsa do CNPq e da CAPES/PSDE. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), financiado pelo CNPq. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: pablourquin@yahoo.com.br.

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: fabianotrl@ufmg.br.

Como citar: LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.141-176, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p146. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: O objetivo deste estudo é suscitar questões acerca da experiência da regulação autônoma no Brasil e na França. Para tanto, foi realizada uma pesquisa interdisciplinar envolvendo conhecimentos do Direito e Economia. Diante disso, frisa-se que apesar das diferenças na formação da economia e da cultura jurídica desses países, a quantidade e importância das estatais e da tradição administrativista-legalista impuseram desafios institucionais e teóricos para a recepção do fenômeno da regulação autônoma.

Palavras-chave: Regulação autônoma; agências reguladoras brasileiras; autoridades administrativas independentes francesas.

ABSTRACT: The objective of this study is to examine questions about the experience of autonomous regulation in Brazil and France, using interdisciplinary research involving law and economics. Despite the differences in the economy and the legal culture of these countries, the amount and importance of state-owned industry and administrative-legalistic tradition imposed institutional and theoretical challenges for the reception of the autonomic regulation phenomenon.

Keywords: Autonomous regulation; brazilian regulatory agencies; french independent administrative authorities.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a escolha pelo modelo de regulação autônoma como paradigma de intervenção estatal em alguns setores da economia decorre diretamente da pretensão em se fortalecer, ou mesmo instaurar, uma economia de mercado. Nesse sentido, o movimento de privatização precede, via de regra, o aumento da criação de agências reguladoras ou autoridades independentes, como ocorreu em alguns países da Europa e da América Latina.

Cumprido destacar que essa modificação da conjuntura institucional ocorreu sob forte influência da tradição jurídica e econômica norte-americana. O que se viu em muitos países foi a tentativa de incorporar um modelo de regulação independente do governo, aos moldes do que se defende nos EUA, de maneira a tentar privilegiar a velocidade na elaboração normativa, técnica mais apurada e suposta neutralidade na regulação setorial. Entretanto, esse processo de recepção não foi simples, pois as peculiaridades culturais, jurídicas e econômicas de cada país impuseram uma série de desafios, especialmente aos juristas, para adequar esse fenômeno à realidade pátria.

No presente artigo, compara-se a experiência brasileira à francesa, colocando em evidência as dificuldades e êxitos no processo de incorporação desse formato de intervenção econômica pelo Direito do país. Com isso, pretende-se, a partir da análise jurisprudencial, teórica e de debates institucionais, traçar as diferenças e semelhanças das duas experiências com o objetivo de analisar se o debate francês pode contribuir o brasileiro na melhor adequação das agências reguladoras à nossa tradição jurídica.

Para isso, dividiu-se o presente artigo em duas seções. A primeira

é destinada ao debate das autoridades administrativas independentes (AAI) francesas. Nela será explorada a importância da aplicação do Direito Comunitário e do Direito da Concorrência, especialmente ao longo da década de 1980, na desconstrução do modelo então vigente de intervenção direta do Estado na economia, que se ancorava na tradição administrativista-legalista e nas teorias de serviço público francesas. Os impactos e desafios encontrados pelos juristas, economistas e classe política serão compreendidos a partir das problematizações expostas no relatório da Assembleia Nacional de 2010 sobre as AAI.

Na segunda, serão exploradas as discussões sobre regulação no Brasil a partir do diálogo com a experiência francesa. Retoma-se o fato que o aprofundamento do fenômeno da regulação autônoma no país ter decorrido das mudanças institucionais propostas a partir do fortalecimento da economia de mercado, que se deu por meio dos Programas Nacionais de Desestatização, com início na década de 1990. Diante disso, serão apresentadas alguns desafios conceituais e teóricos que vão permitir uma compreensão mais exata dos desafios jurídicos, econômicos e institucionais da regulação autônoma no Brasil.

2 AS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES FRANCESAS

Para compreender o fenômeno da regulação econômica da França, nos dias de hoje, faz-se necessário entender as principais características do Direito Administrativo francês, demarcando a evolução do mesmo e a sua interface com algumas teorias de serviço público. Cumpre antecipar que o presente trabalho não pretende exaurir toda a evolução histórica desses institutos, mas oferecer dados que permitam

ao leitor entender em que momento surgiram e quais as peculiaridades francesas se colocam como desafios no processo de incorporação do modelo de regulação independente.

2.1 A criação do Direito Administrativo francês e o conceito revolucionário de serviço público

O Direito Administrativo na França começou a ser desenvolvido com a Revolução Francesa e uma das principais preocupações dessa construção revolucionária foi separar as autoridades administrativas das jurisdicionais (SOTO, 1971, p. 7). Dentro desse contexto, encontra-se a *Instruction sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs, Loi du 22 décembre 1789*, que vedava o Poder Judiciário impedir o exercício das funções administrativas. Além disso, ela declarou inconstitucional qualquer julgamento, por Tribunal Comum, de atividade da administração. De acordo com o §6º, deste documento legal:

Tout acte des tribunaux et des cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'administration étant inconstitutionnel, demeurera sans effet, et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations¹ (DUVERGIER, 1824, p. 104).

Outro dispositivo legal que contribuiu para essa separação foi a Lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790, que em seu art. 10, do Título II – Dos juízes em geral, dispôs que: “*Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice*

¹ Todo ato dos tribunais e das cortes de justiça tendendo a contrariar ou suspender o movimento da administração será inconstitucional, permanecerá sem efeito, e não deverá parar os órgãos administrativos na execução de suas operações (tradução nossa).

du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture"² (REPUBLIQUE FRANÇAISE, 1990, p. 3)

Dessa maneira, delinea-se o princípio da legalidade como um dos principais fundamentos do Direito Administrativo francês. Afinal, o mesmo tinha como objetivo garantir aos franceses a racionalização, com base na filosofia liberal e iluminista, da relação entre a administração e os cidadãos. Esse processo de racionalização da vida pública tinha como ponto máximo a atividade legislativa, concebida por aqueles que eram tidos como verdadeiros representantes do povo – os membros do Poder Legislativo.

Isto posto, outro marco normativo sobre o assunto foi a Lei *Le Chapelier* de 2-17 de 1791 de março. Bertrand du Marais (2004, p. 119) afirma que a jurisprudência a interpretava no sentido de conferir legitimidade na interferência direta do poder público, no fornecimento de bens e serviços, ressalvadas as disposições legislativas, nos casos em que houvesse real carência da iniciativa privada. Dessa forma, o autor destaca esse momento como a primeira preocupação do ordenamento jurídico francês com a defesa da concorrência. Conforme será visto posteriormente, este princípio sofreu modificações semânticas com o passar do tempo, alterando a sua substância jurídica e, conseqüentemente, conformando a atuação da administração pública de acordo com esses novos sentidos.

O Conselho de Estado é outro elemento essencial do Direito Administrativo francês e, de acordo com Burdeau (1995, p. 66), ele foi criado com a *Constitution du 22 frimaire de l'an VII* (Constituição da

² Os tribunais não poderão tomar diretamente ou indiretamente qualquer parte no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos dos órgãos legislativos, sancionados pelo Rei, sob pena de abuso de autoridade (tradução livre).

República Francesa de 1799). Segundo o autor, esse órgão era utilizado inicialmente para atender os anseios de Napoleão por um corpo técnico que servisse para esclarecer e assegurar a efetividade do seu poder. Nesse sentido, a Constituição da República Francesa de 1799, em seus artigos 52 e 53, dispõe:

52. Sous la direction des consuls, Le conseil d'état est chargé de rédiger les projets de lois et les réglemens d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élevent en matière administrative.
53. C'est parmi les membres du conseil d'état que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole au nom du Gouvernement devant le corps législatif. Ces orateurs ne sont jamais envoyés au nombre de plus de trois pour la défense d'un même projet de loi³ (REPUBLIQUE FRANÇAISE, 1990, p. 3).

Com a criação e o amadurecimento institucional do *Conseil d'Etat*, reafirmou-se o modelo de jurisdição administrativa apartada da jurisdição comum. Essa dualidade jurisdicional é traço característico da cultura jurídica francesa e confere aos conselheiros do *Conseil d'Etat* importante papel na dinâmica democrática.

Arelado a essas construções advindas da Revolução Francesa, o conceito de serviço público é fundamental na construção do Direito Administrativo desse país. Jean de Soto afirma que ele nasce fortemente vinculado à ideia de nação e eram serviços estabelecidos e geridos de modo autoritário pelos responsáveis da administração, marcados por

3 Sob a direção dos cônsules, o Conselho de Estado é encarregado de redigir os projetos de lei e de regulamentos da administração pública, e de resolver as dificuldades que surgirem em matéria administrativa. 53. É dentre os membros do Conselho de Estado que são sempre escolhidos os oradores encarregados de portar a palavra em nome do Governo diante do corpo legislativo. Esses oradores nunca serão enviados em número maior de três para a defesa de um mesmo projeto de lei (tradução nossa).

uma grande centralização do poder. Foi nessa época que houve a clássica distinção entre atos de autoridade e atos de gestão. Os primeiros seriam os casos em que a administração exprime a soberania do Estado, não sendo aplicado o Código Civil. Já os atos de gestão seriam aqueles em que a administração decide agir como se fosse um particular, aplicando-se o direito comum, o que leva à competência dos tribunais do Judiciário para julgar os conflitos decorrentes dessa relação (SOTO, 1971, p. 10).

De acordo com Jean de Soto, a Escola do Serviço Público, que começou a se desenvolver trinta anos após a decisão do caso Blanco do dia 8 de fevereiro de 1873, reflete o esforço de descentralização da administração e de respeito ao espírito liberal. O autor identifica duas vertentes da mesma, a primeira é ilustrada pelas obras de Duguit⁴ e Jèze⁵, que são influenciados pela filosofia neokantiana, fundamentando-se em Comte e Durkheim e no solidarismo do “quase-contrato social” de León Bourgeois. Além disso, acrescenta-se, especialmente em Duguit, inspiração da doutrina sindicalista. Já a segunda vertente é protagonizada por Hauriou, que se vincula à corrente cristã-social, com objetivo de liberalizar e humanizar o governo, que deve ser inspirado na noção de bem comum.

Jean de Soto afirma que a doutrina do serviço público teve três consequências essenciais para o Direito francês. A primeira liga-se ao plano constitucional, na medida em que reconheceu o Estado como uma pessoa jurídica, apesar dos esforços de Duguit em classificá-lo como um grupo de serviços públicos. A segunda vincula-se ao plano político, pois conferiu aos governantes a responsabilidade de criar, gerir e ajustar os serviços públicos. A terceira e última centra-se no plano administrativo, já

4 Os livros considerados como referências são: *L'Etat, le droit positif et la loi objective* (1901), *Les transformations du droit public* (1913) e as diferentes edições do *Traité de droit constitutionnel*.

5 O principal livro é *Principes généraux de droit administratif* (1904).

que a doutrina do serviço público se traduzia pela existência de recursos contenciosos e por um direito de controle das autoridades superiores e dos administrados sobre o funcionamento dos serviços públicos. Ela permitiu também organizar de maneira coerente uma série de noções e de teorias como a divisão de competências entre as jurisdições administrativas e judiciárias, teorias da função pública, contratos administrativos, dentre outras (SOTO, 1971, p. 17-18).

Essas noções de Direito Administrativo relacionam-se diretamente com a própria história econômica francesa. Na medida em que os serviços públicos eram prestados através de monopólios, foi por intermédio desse instituto que o capitalismo francês se desenvolveu. Afinal de contas, um dos seus objetivos era garantir a prestação de certas atividades essenciais que não eram prestadas pela iniciativa privada (CHARLES, 2001, p. 129).

Essa característica acabou fortalecendo o intervencionismo francês, que se reforçou durante o Século XX, especialmente com a reconstrução do país após a Segunda Guerra Mundial. A partir dessa experiência intervencionista de empresas públicas, especialmente, durante os chamados *Trente Glorieuses* (1950-1980), foi desenvolvida a concepção de “serviço público à francesa”. Em síntese, trata-se da combinação de um monopólio legal, competência nacional para as grandes redes coletivas e empresa pública regida por normas obrigatoriamente de Direito Público.

No que tange ao princípio da defesa da concorrência, é importante destacar que ele sofreu uma alteração semântica no início do século XX. Na realidade, com a crise do final da Primeira Guerra Mundial, a jurisprudência começou a aceitar uma maior intervenção pública, resultante dos decretos *Pointcaré* de 5 de novembro de 1926 e

de 28 de dezembro de 1926, que autorizaram as coletividades locais a criar os Serviços Públicos de gestão industrial e comercial (SPIC).⁶ Com isso, a jurisprudência passou a entender que a intervenção pública era subordinada a dois critérios cumulativos: a) circunstâncias excepcionais, de acordo com as particularidades do tempo e do lugar; e b) interesse público, que remete à concepção de interesse geral requerida para a identificação de um serviço público.

Diante desse breve resgate histórico, constata-se que na década de 1980, a prestação de serviços públicos era marcada pelo respeito ao princípio da legalidade, forte intervencionismo por intermédio dos monopólios legais, pela grande quantidade de empresas públicas e por uma forte centralidade administrativa. Essa realidade é modificada com a incorporação direta do Direito Comunitário da Concorrência no ordenamento jurídico francês, o que leva a uma alteração de paradigmas na organização administrativa do país.

2.2 O conceito de concorrência a partir do Direito Comunitário e as autoridades administrativas independentes

Apesar do conceito de concorrência já pertencer ao ordenamento jurídico francês, houve uma profunda mudança no direito administrativo desse país, com a decisão *Million et Marais*. Esse caso marcou a equivalência do Direito Comunitário ao Direito interno, especialmente no pertinente às questões concorrenciais no direito interno francês, de modo a confirmar a progressiva aplicação direta do ordenamento jurídico comunitário.

⁶ Os serviços públicos na França podem ser de natureza administrativa (SPA) ou de natureza industrial e comercial. Essa tipologia serve para determinar se serão aplicadas as regras de direito público ou de direito privado (MARAIS, 2004, p. 119).

Com a decisão do referido caso, houve um movimento jurisprudencial de controle da atividade administrativa, com fundamento no princípio da concorrência. De acordo com Bertrand du Marais, uma das mudanças substanciais na atividade jurisdicional administrativa foi a utilização de conceitos econômicos para o julgamento dos casos, em especial, das compreensões sobre posição dominante e infraestruturas essenciais.⁷ Além disso, destaca-se a aplicação de alguns princípios da então Comunidade Europeia, a saber: não discriminação e igualdade de tratamento; liberdade de circulação de mercadorias; liberdade de circulação de trabalhadores; e livre prestação de serviços.⁸

A nova compreensão do princípio da concorrência choca diretamente com o bloco de legalidade que orienta a atividade administrativa francesa, causando uma reflexão profunda no paradigma político que fundamenta inúmeras instituições. Isso se dá especialmente pelo que Bertrand du Marais denominou de *marchésiation* - em tradução literal seria a “mercadificação” - da atividade humana de atividades e relações humanas até então alheias à esfera de mercado. Isso causou impactos diretos na centralização do aparelho administrativo que decorria do princípio de unicidade e coerência do Estado, fundamentais na tradição francesa (MARAIS, 2004, p. 181).

Um dos pontos mais altos dessa reformulação da atividade administrativa na França é a incorporação do fenômeno da Regulação. Conforme Frison-Roche (2000, p. 52) elucidada, o termo *régulation* não existia no dicionário francês, trata-se de um anglicismo, considerado muitas vezes uma transposição inapropriada do termo inglês *regulation*,

7 Não é pretensão desse estudo aprofundar nos aspectos procedimentais da aplicação do princípio da concorrência, nem compreender os pormenores da organização institucional dessa aplicação na França. Entretanto, para obter mais informações sobre esses aspectos, pesquisar em Marais (2004, p. 151 e ss).

8 Atualmente, esses princípios continuam constando no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia especificamente nos arts. 18, 28, 45 e 56, respectivamente.

o que marca, para alguns, a adoção de um sistema ideologicamente dominante.

Existe, entretanto, preocupação recorrente na academia francesa em conceituar o referido fenômeno. Normalmente, costuma-se retomar a concepção trazida por Marie Anne Frison-Roche para conceituar a regulação, *in verbis*:

On a souvent des difficultés à saisir La régulation dans son unité, tant cette notion est éclatée entre secteurs, intervenants et discours différents. On peut cependant la définir comme un ensemble de technique articulées entre elles pour organiser ou maintenir des équilibres économiques dans des secteurs qui n'ont pas, pour l'instant ou de par leur nature, la force et les ressources de les produire eux-mêmes⁹ (FRISON-ROCHE, 2000, p. 49).

Além dessa visão, importa trazer o conceito de *régulation* de acordo com o Dicionário de termos jurídicos, de 2010, da Dalloz:

Afin d'éviter que la privatisation de certains services publics industriels ou commerciaux, ou de certaines entreprises publiques, assurant la satisfaction de besoins collectifs essentiels – par exemple em matière d'énergie, de télécommunications – ne risque de livrer ces activités aux aléas d'une concurrence désordonnée, ou pour garantir le respect de certains principes ou libertés fondamentaux – par exemple em matière audiovisuelle – l'État a mis en place un encadrement juridique dont la mise en œuvre a été confiée, pou en garantir l'impartialité et la souplesse,

9 Tem-se recorrentemente dificuldade em apreender a regulação na sua unidade, pois essa noção é dividida entre setores, atores e discursos diferentes. Pode-se, contudo, defini-la como um conjunto de técnicas articuladas entre elas para organizar ou manter os equilíbrios econômicos em setores que não têm, no momento ou por sua natureza, a força e os recursos de os produzir por eles mesmos (tradução livre).

à des autorités administratives indépendantes, spécialisées par activité¹⁰ (GUILLIEN; VINCENT, 2010, p. 615).

Percebe-se que a academia se preocupa em construir o conceito de regulação a partir da manutenção do equilíbrio econômico, concebendo a regulação como um conjunto de ferramentas estatais para mantê-lo nos casos em que ele não é obtido pelo próprio mercado. A regulação, nessa perspectiva, teria um objetivo claro a ser alcançado pelo Estado: garantir a satisfação das necessidades coletivas essenciais, buscando evitar os impactos negativos das incertezas do mercado.

Dessa forma, a preocupação com o fenômeno da regulação na França vincula-se à intensificação, durante o final da década de 1970 e início dos anos 1980, da criação de autoridades administrativas independentes (AAI). De acordo com Luiz Armando Badin, esses órgãos foram criados com dois objetivos, diminuir o peso da intervenção direta do Estado em setores sensíveis da vida econômica e social; e buscar maior imparcialidade na influência do Estado nos interesses econômicos e profissionais. O autor afirma também que o fundamento da autoridade dessas instituições está no seu poder de persuasão e na maior proximidade dos setores regulados. Dessa maneira, as AAI exerceriam a chamada “magistratura de influência”, que se funda em uma regulação realizada de maneira menos unilateral e coercitiva, dada à autoridade moral desses “conselhos de sábios” (BADIN, 2004, p. 453-454).

Bertrand du Marais confere à influência da tradição jurídica e

10 Com intuito de evitar que a privatização de certos serviços públicos industriais ou comerciais, ou de certas empresas públicas, assegurando a satisfação de necessidades coletivas essenciais – por exemplo em matéria de energia, de telecomunicações – não risque de entregar essas atividades às *áleas* de uma concorrência desordenada, ou para garantir o respeito de certos princípios ou liberdades fundamentais – por exemplo em matéria audiovisual – o Estado estabeleceu um enquadramento legal em que o seu funcionamento foi confiado, para garantir imparcialidade e a flexibilidade, às autoridades administrativas independentes, especializadas por atividade (tradução livre).

econômica norte-americana esse significado do fenômeno de regulação e o próprio crescimento da quantidade de AAI, o que acontece, segundo ele, por intermédio da aplicação direta do princípio da defesa da concorrência moldado pelo Direito Comunitário.

Na realidade, na sua obra *Droit public de la régulation économique*, o autor pretende construir uma teoria da regulação econômica sob a influência dessa tradição externa, mas respeitando os principais pontos da tradição administrativista e constitucional da França. Entretanto, autores como Genot (1991, p. 20) defendem que o modelo das AAI, apesar da convergência com as experiências dos EUA e do Reino Unido, tem como fonte principal de inspiração a própria realidade francesa. Esse argumento decorre do fato da França já ter vivido outras experiências de órgãos administrativos independentes.

Entretanto, não se pode negar que houve, a partir da década de 1980, uma intensificação na criação de AAI, o que se evidencia com a própria preocupação em adequar essas instituições ao ordenamento jurídico francês. Cumpre destacar que esse movimento está relacionado intimamente com o processo de privatização vivido na França, o que acabou redimensionando a tradição francesa de prestação de serviços públicos por intermédio das grandes estatais. Sobre isso, Almiro do Couto e Silva afirma:

A campanha privatizante dirigia-se também, sobretudo na Europa, contra a própria noção de serviço público, de origem francesa, mas adotada também em outros importantes países como a Itália, Espanha, Bélgica, Portugal, noção que tinha como um dos seus elementos principais a existência de um vínculo orgânico com o Estado, o qual era detentor da titularidade dos serviços. Tal noção

deveria ser substituída pela de “serviços de interesse econômico geral”, com o que se apagava a natureza pública dos serviços e eles se tornavam, à maneira norte-americana, atividades privadas revestidas ou coloridas de interesse público (*public utilities*), o que explicaria que se sujeitasse ao poder meramente regulatório do Estado (SILVA, 2010, p. 48).

Essa mudança se traduz, por exemplo, na ampliação de organizações privadas poderem prestar serviço público. Nesse contexto, destaca-se a decisão do Conselho de Estado da França de nº 284736, de 2007, que, dentre outros aspectos, dispôs que uma atividade exercida por uma pessoa jurídica de direito privado possa ser reconhecida como serviço público, mesmo se não houver qualquer contrato de delegação. Como consequência disso, essa atividade pode ter a titularidade de sua prestação requerida, em razão de interesse geral, à uma pessoa de direito público.

Diante desse contexto de alteração do conceito de serviço público na França, bem como dos questionamentos sobre o formato de regulação autônoma protagonizado pelas autoridades administrativas independentes, em 2010, a Assembleia Nacional produziu um relatório sobre o assunto.

2.3 O Relatório da Assembleia Nacional de 2010 sobre as autoridades administrativas independentes

A adequação das autoridades administrativas independentes permeia até hoje a atenção da academia, sendo os principais pontos de reflexão traduzidos no Relatório Público do Conselho de Estado em 2001.

Em 2010, foi publicado um outro relatório, dessa vez da Assembleia Nacional, que acaba retomando e avançando diversos pontos dispostos no anterior. O foco desse artigo será este último documento.

O Relatório da Assembleia Nacional, elaborado pelo Comitê de avaliação e controle de políticas públicas, em consonância com o artigo 146-3 do Regimento da Assembleia Nacional da França, avaliou as Autoridades Administrativas Independentes na França. O referido artigo determina que sejam designados dois relatores, sendo um da oposição e o outro da situação. No caso em comento, os relatores escolhidos foram René Dossière, do (*group Union pour un Mouvement Populaire*- o UMP, partido de direita) e Christian Vanneste do (*group Socialiste, radical, citoyen et divers gauche* – O partido Socialista, de esquerda). O grupo de trabalho foi dividido, de acordo com o relatório, paritariamente, entre oposição e situação.

De acordo com o relatório supracitado, a necessidade de criação das Autoridades Administrativas Independentes - atualmente somam mais de 40 - surge como reflexo da adoção das diretivas da Comunidade Europeia e representa uma reformulação na relação entre o poder público e o mercado. Sendo assim, a hierarquia do Direito Administrativo legalista dá espaço a uma Administração descentralizada, especializada e produtora de normas mais maleáveis.

Diante dessa conjuntura, três pontos importantes nortearam a análise realizada pela Assembleia Nacional: i) legitimidade e limites das AAI; ii) as AAI podem escapar das obrigações financeiras impostas à administração do Estado e a seus operadores?; iii) Como garantir a independência das autoridades, evitando a criação de um quarto poder?

Entendeu-se no relatório que, pelo fato de o *Conseil Constitutionnel* nunca ter censurado as criações das AAI, a legitimidade

constitucional das criações dessas autoridades foi confirmada pelo referido Conselho. O fundamento das mesmas encontra-se no art. 20 da Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, que dispõe sobre a liberdade do governo para determinar e conduzir a Nação, bem como para dispor a administração e as forças armadas.

Além disso, Jean-Marc Sauvé, vice-presidente do *Conseil d'État* desde 3 de outubro de 2006, afirmou no relatório que a legitimidade institucional dessas autoridades é incontestável, além de se tratar de realidade necessária. Essa postura só vem a confirmar que se trata de um modelo irreversível na democracia francesa. Entretanto, algumas características precisariam se readequar à tradição francesa, especialmente no que tange à reaproximação dessas instituições ao Parlamento. Cumpre informar que, de acordo com o art. 24 da Constituição da República Francesa de 4 de outubro de 1956, o Parlamento é constituído pela Assembleia Nacional, composta pelos deputados e o Senado, formada pelos Senadores.

Ainda no Relatório da Assembleia Nacional, o Vice-Presidente do *Conseil d'État* critica a ausência de controle das instituições francesas sob as AAI. Tal crítica decorre do fato de elas terem chegado ao ponto de, além de cumulareм competências que exorbitam a sua própria essência, estarem supostamente cerceando o poder das instituições que as criaram (DOSIÈRE; VANNESTE, 2010, p. 50). Outro aspecto ressaltado no relatório diz respeito ao fato de os Ministérios estarem correndo risco de terem suas competências limitadas devido à aceleração no ritmo de criação de AAI.

Com todas essas reflexões, a comissão que produziu o Relatório da Assembleia Nacional sobre as Autoridades Administrativas Independentes formulou 27 recomendações, divididas em três blocos. No

primeiro, encontram-se aquelas cujo objetivo é racionalizar a existência das Autoridades Administrativas Independentes. Dentre elas, destaca-se limitar o poder regulamentar delas; unificar a competência jurisdicional para as ações em desfavor de atos individuais das referidas; reagrupar certas AAI para otimizar os recursos aplicados; e criar uma autoridade para garantir a transparência da vida política.

No segundo grupo de recomendações, busca-se garantir a independência dessas instituições. Foi estabelecido, pela comissão que formulou o Relatório da Assembleia Nacional sobre as Autoridades Administrativas Independentes de 2010, que seria necessário garantir uma maior legitimidade na composição dos colegiados; generalizar a presença de um membro do governo nos colegiados (ressalvadas as situações previstas em lei); e preservar a gestão orçamentária.

Por fim, no terceiro bloco de recomendações estão aquelas que visam a estabelecer um parâmetro adequado de controle das autoridades. Definiu-se, portanto, que deveriam ser enquadrados juridicamente os limites do poder de sanção delas; garantir a transparência das contas; estabelecer os planos de carreira; apresentar, ao governo e ao parlamento, relatório anual de atividades; e elaborar objetivos e indicadores de performance.

Percebe-se, dessa maneira, que o objetivo com essas recomendações é garantir uma feição mais francesa de Regulação. Essa reformulação deverá levar em consideração as influências positivas trazidas pela experiência norte americana, mas deverá ser moldada aos princípios sedimentados da administração pública francesa. Afinal de contas, conforme fora elucidado no Relatório da Assembleia Nacional, as AAI conseguiram atingir satisfatoriamente os seus objetivos (DOSIÈRE; VANNESTE, 2010, p. 112).

Compreendido esses aspectos das autoridades administrativas independentes da França, cumpre analisar as agências reguladoras brasileiras com o objetivo de verificar de que maneira esses debates franceses são pertinentes para uma maior adequação da regulação autônoma no Brasil.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: DIÁLOGO COM A EXPERIÊNCIA FRANCESA

A história econômica brasileira foi marcada pela criação de empresas públicas para garantir a prestação de serviços essenciais à coletividade, haja vista a incipiência inicial ou desorganização do setor privado. Desdobramento disso, a prestação de serviços públicos sempre esteve intimamente ligada à presença direta do Estado.¹¹ Ao se partir do pressuposto que a formação econômica do país se relaciona, em certa medida, com o próprio modelo de prestação de serviços públicos, entende-se que o fato de ser um país de capitalismo periférico impede equiparações aos países de economias centrais sem a devida contextualização histórica.

3.1 As privatizações e a resignificação da regulação econômica no Brasil

Percebem-se algumas semelhanças com a realidade francesa, na medida em que o debate sobre regulação econômica no Brasil tomou

¹¹ Não é a pretensão do artigo realizar digressão histórica sobre a formação econômica do Brasil, muito menos discorrer profundamente sobre a industrialização no país. Pretende-se, todavia, destacar que a prestação de serviços públicos por intermédio de estatais vincula-se à própria concepção de capitalismo tardio. Nesse sentido, por influência da doutrina corporativista e keynesiana, a presença do Estado brasileiro no desenvolvimento econômico ganhou força com Getúlio Vargas. (Cf. GOMES 2012).

novas dimensões com o processo de privatização das estatais, que se intensificou na década de 1990, com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que depois foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.¹² Em outros termos, costuma-se vincular o fenômeno da regulação ao processo de fortalecimento da economia de mercado, que foi deflagrado no Brasil com essas leis. Todavia, cumpre lembrar que a ideia de regulação é mais antiga no ordenamento jurídico pátrio. Grotti (2004, p. 189) ilustra esse entendimento ao citar a existência de órgãos como o Comissariado de Alimentação Pública de 1918, o Instituto de Defesa Permanente do Café de 1923, o Instituto do Alcool e do Açúcar de 1933, o Instituto Nacional do Mate de 1938, o Instituto Nacional do Sal de 1940 e o Instituto Nacional do Pinho de 1941.

Entretanto, apesar de reconhecer que o fenômeno da regulação não é novidade da década de 1990, não se pode negar que ele assume uma nova roupagem nesse período, que está ligada diretamente ao fortalecimento de uma economia de mercado. Essa interpretação decorre do próprio redimensionamento da importância da intervenção direta por intermédio das empresas estatais. No plano político, os defensores da regulação econômica autônoma durante os anos 1990 incorporavam o discurso do “absenteísmo estatal” e a necessidade de uma suposta neutralidade na intervenção econômica, que ocorreria por intermédio de um distanciamento e independência do governo, substancializados na figura das agências reguladoras.

Da mesma forma que ocorreu na França, a incorporação das

¹² Importa destacar que, nesse momento, se adota um conceito restrito de privatização, ou seja, a venda do controle acionário de empresa pública, nos moldes do disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Entretanto, apesar dessa ser a utilização mais comum do termo, ele deve ser compreendido de maneira mais ampla. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 8): “O conceito amplo tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o mesmo objetivo já assinalado de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado”.

agências reguladoras, atreladas às novas dimensões do debate sobre regulação econômica, desencadeou um esforço da doutrina em adequar esses institutos à tradição administrativista brasileira. Nesse sentido, destaca-se que parte da construção doutrinária vincula a ideia de regulação a três poderes diferentes, o de editar regras, assegurar a sua aplicação e reprimir as infrações. Aragão (2013, p. 27) afirma que há três searas de percepção desse fenômeno: a regulação de monopólios, controlando preços e qualidade; a regulação para a competição, assegurando a livre concorrência; e a regulação de serviços públicos, objetivando a sua universalização, qualidade e preço justo.

Pode-se afirmar, sobre as agências reguladoras no Brasil, conforme Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 281), que elas são autarquias de regime especial, que gozam de determinada autonomia da administração centralizada, responsáveis por funções regulatórias e dirigidas por colegiados que têm membros nomeados por prazos determinados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal. Frisa-se também que é vedada a exoneração deles *ad nutum*. Dessa maneira, a necessidade de maior autonomia desses órgãos qualifica a sua natureza como autarquias especiais, que têm como um dos privilégios a estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e poder normativo (SANTOS, 2002, p. 629).

A legitimidade da criação de agências reguladoras é outro tópico recorrente nas discussões doutrina sobre o assunto. No Brasil, ela decorre da própria Constituição da República, que em seu art. 2 dispõe que compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá

sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Frisa-se que a redação do referido inciso é desdobramento da Emenda Constitucional de nº 8, de 1995, que quebrou o monopólio da União para explorar os serviços de telecomunicação.

Além desse dispositivo constitucional, destaca-se também o art. 177, que discorre sobre as atividades relacionadas à exploração do petróleo e gás natural, que consagra o modelo das agências reguladoras ao dispor no § 2º, que “III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”. Lembra-se que esse parágrafo foi incluído pela Emenda Constitucional de nº 9, de 1995, que flexibilizou o monopólio da União no que tange às atividades referidas.

Nesse contexto, ao se comparar com o processo histórico francês, percebe-se uma diferença no quesito da legitimidade. Como já se discorreu, na França a alteração do conceito de regulação partiu da aplicação direta das normas de Direito Comunitário. Portanto, no início, boa parte das discussões de legitimidade da atividade das AAI foram atreladas à discussão da própria aplicação das normas da União Europeia no ordenamento jurídico francês. No Brasil, por sua vez, apesar da disposição genérica do art. 174, que discorre sobre a posição do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, como visto, há essas duas disposições específicas sobre agências reguladoras no próprio texto constitucional. Dessa maneira, a origem do modelo de agências reguladoras brasileiras parte da Constituição, que acabou sendo progressivamente adotado em outros setores pela legislação infraconstitucional, como se verá adiante.

Outra diferença entre as experiências do Brasil e da França, que

tem impacto na dinâmica da regulação econômica, diz respeito ao controle jurisdicional dos atos da administração. Conforme já foi elucidado no item anterior, na França existem duas jurisdições, sendo uma comum e outra administrativa, que é autônoma e especializada, ressaltando a importância do *Conseil d'Etat* para a Administração Pública. Além disso, como foi possível verificar nas recomendações feitas no Relatório sobre as Autoridades Administrativas Independentes, produzido pela Assembleia Nacional da França, existe uma preocupação neste país para uniformizar as competências jurisdicionais para julgar atos desses órgãos.

Já no Brasil, quando se trata do controle dos atos administrativos das agências reguladoras, a competência jurisdicional não apresenta tanta complexidade, especialmente quando elas são federais, sendo a Justiça Federal a competente para julgar essas demandas. Além disso, como se sabe, no ordenamento brasileiro não existe a separação das jurisdições administrativa e comum.

Dessa maneira, frisa-se que essas diferenças entre as dinâmicas institucionais entre a França e o Brasil têm desdobramentos não apenas nas interações entre órgãos do Estado, mas também têm influência direta na evolução do pensamento jurídico. Ilustra-se como exemplo todo o desenvolvimento teórico para a separação da aplicação do regime de direito público do privado, que é um critério para definir qual a jurisdição competente para analisar o processo. A partir desses apontamentos e comparações entre as realidades jurídicas desses países, passa-se a analisar os diferentes momentos da regulação econômica no Brasil.

3.2 As ondas regulatórias brasileiras

Diante das peculiaridades brasileiras sobre regulação econômica,

Carlos Ragazzo identifica três ondas regulatórias que iniciaram com as reformas da administração na década de 1990. Essas ondas seriam uma espécie de agrupamento de reflexões dos juristas brasileiros e elas apresentam diferentes estágios de evolução sobre o ponto em questão. A preocupação em dividir em “ondas” é pertinente pelo fato de identificar pontualmente as características da regulação econômica no Brasil, mas especialmente, para compreender os desafios na implantação desse modelo no ordenamento jurídico pátrio.

A primeira onda está relacionada ao processo de privatização de empresas públicas que já foi explorado. Nesse sentido, ela está atrelada também ao processo de implantação do modelo de agências reguladoras. Destaca-se que a primeira agência reguladora em plano federal, com o perfil que se encontra em evidência, foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Depois disso, diversas outras foram criadas endossando e fortalecendo a adoção dessa forma de administrar.¹³

De acordo com Carlos Ragazzo, apesar de ser um modelo consolidado na realidade brasileira, a primeira onda ainda é criticada por alguns setores da doutrina. Esses questionamentos dizem respeito à autonomia desses órgãos, em especial sobre a possibilidade de revisão executiva de suas decisões. As críticas também apontam incongruências na forma das agências tomarem suas decisões, em especial pela alegação da ausência de metodologia adequada na atividade regulatória (RAGAZZO, 2011, p. 206).

De acordo com o autor, a segunda onda está relacionada à

13 Dentre as agências reguladoras, pode-se destacar: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional das Águas (ANA), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

legitimidade. Ela se vincula especialmente ao fato de os membros das agências não se submeterem às eleições, apesar de agruparem competências dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa desconfiança, como foi visto, ocorre de maneira similar ao que ocorre na França e rendeu algumas propostas de soluções interessantes, mas ainda encontra-se em processo de maturação. Enquanto que na França houve uma preocupação, conforme se percebe no Relatório da Assembleia Nacional sobre as autoridades administrativas independentes, com o controle institucional (especialmente o exercido pelo Congresso Nacional), no Brasil voltou-se muitas vezes ao oferecimento de mecanismos de participação direta no processo decisório das agências. Esses “canais” são as consultas e audiências públicas, que se fundamentam na participação dos grupos de interesse dos impactos regulatórios na tomada de decisão pela agência.

Importante ressaltar que, conforme Paulo Mattos, esses mecanismos de controle democrático da atuação do Estado na economia brasileira podem garantir as condições adequadas de legitimidade das políticas públicas relacionadas às agências reguladoras. Segundo o autor, são importantes ambientes políticos para a discussão e deliberação de políticas públicas. Nesse sentido, no entendimento do referido pesquisador:

Nesse contexto, é possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e de audiências públicas pode significar um avanço em termos de *accountability* do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria na medida em que a “caixa-preta” dos ministérios perde relevância no processo decisório, permitindo que outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso

privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação presidente-Congresso, participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos no interior das novas agências (MATTOS, 2014, p. 4).

Isto posto, compreende-se que as consultas e audiências públicas têm uma importante função para conferir maior legitimidade aos atos das agências reguladoras. Entretanto, apesar de não ser objeto desse estudo, vale lembrar que muitas vezes esses institutos são utilizados para uma legitimação formal que não contribuem realmente para um avanço no *accountability* do processo regulatório.¹⁴

Compreendida essas duas ondas regulatórias vividas no Brasil, destaca-se que na atualidade vive-se uma situação crítica no que tange à inflação regulatória. Hoje, devido à quantidade de agências e pela velocidade de produção das normas, vários autores concordam no sentido de que se faz necessário rever alguns parâmetros e estabelecer alguns limites à produção normativa das agências reguladoras. Isso se dá pela preocupação com a insegurança jurídica e econômica que se deriva de uma quantidade exorbitante de portarias e resoluções.

De acordo com Carlos Ragazzo (2011), dois limites devem ser compreendidos, o formal e o material. O primeiro limite relaciona-se com o fato de que qualquer matéria que restrinja a livre iniciativa deve estar sujeita a reserva legal, tanto diretamente quanto indiretamente, já que a lei pode atribuir poderes a outro agente.

O segundo limite apresenta complexidade maior e parte do pressuposto de que existe reconhecimento fático e político da necessidade de intervenção do Estado na economia. Esse reconhecimento passa pelo

¹⁴ Para aprofundar na temática pesquisar em: Fonseca; Oliveira; Rezende (2012).

conceito do princípio da subsidiariedade da intervenção estatal. Ele não deve ser visto como um limite de quantidade de intervenção, ou seja, não deve refletir maior ou menor intervenção. O princípio da subsidiariedade (art. 173 da Constituição da República), na visão do autor, deve ser compreendido como um limite qualitativo da intervenção estatal de maneira a limitá-la à finalidade expressa pelo interesse público.

Ainda sobre o segundo limite, o passo seguinte, após a compreensão da necessidade concreta de intervenção, é o da aplicação do princípio da proporcionalidade. O exame da proporcionalidade vai ser aplicado na relação entre a medida adotada e o objetivo regulatório apresentado. Esse exame é dividido em três etapas: a adequação que visa impedir a transferência de riqueza desejada por grupos de interesse de maneira a contrapor às finalidades de interesse público específica ao caso; o requisito da necessidade, que visa identificar os meios alternativos menos custosos, vinculando-se à compreensão dos custos dos direitos; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que se consubstancia na discussão mais concreta sobre eficiência, sendo uma avaliação de custos e benefícios (RAGAZZO, 2011, p. 137).

Se os primeiros movimentos doutrinários questionaram aspectos institucionais e de legitimidade da regulação, a terceira onda diz respeito à preocupação com os custos e benefícios das regulações editadas. Todavia, na opinião do autor, a terceira onda ainda encontra-se em fase preliminar no Brasil, apesar de se tratar de realidade concreta em outros países, além de ser uma orientação sedimentada da OCDE. Sobre a análise de custo e benefício, evidencia-se a compreensão do autor em questão:

Mas o que é a análise de custo e benefício? Existem duas possíveis acepções para a análise de custo e benefício: (i) gênero em que se estabelece um novo

paradigma na Administração Pública, por meio do qual um critério padrão de análise substantiva é utilizado para a edição de novas regulações ou para a revisão das atuais; e (ii) espécie de critério padrão, cuja fórmula poderá variar, sendo as mais famosas, as análises de custo e benefício e de custo de efetividade. Obviamente, os padrões (gênero e, conseqüentemente, espécies) estão limitados por mandatos legais específicos e por preceitos constitucionais (RAGAZZO, 2011, p. 208).

Frisa-se que as análises de custo e benefício têm como objetivo, dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade, garantir transparência na intervenção estatal, transformando as noções vagas de interesse público em objetivos precisos e verificáveis. Isto posto, a utilização de um critério padrão, com reflexões empíricas e econômicas tem como objetivo reduzir as falhas de governo, combater a captura dos órgãos reguladores e concretizar os custos dos direitos como um importante parâmetro de decisão.

Nesse contexto, o autor apresenta um processo resumido para se atingir a alternativa regulatória mais adequada, sendo ele resumido da seguinte forma: i) identificação do problema e suas causas; ii) esclarecimento e graduação dos objetivos regulatórios; iii) reconhecimento das opções e informações disponíveis; iv) precisão das conseqüências para cada opção e avaliação de acordo com *standarts* de eficiência e/ou de equidade; e v) seleção da alternativa mais adequada.

Esse procedimento descrito pelo autor é extremamente pertinente para a compreensão da regulação econômica como um fenômeno consolidado no Brasil. Mas carece de análises dos setores específicos regulados para a avaliação da qualidade da regulação e, por

via de consequência, da qualidade da prestação dos serviços.

Algumas problemáticas sobre o que o autor encarou como legitimidade já foram abordadas ao longo do trabalho, mas certos aspectos sobre o grau de autonomia das agências reguladoras ainda geram debate na doutrina.

3.3 A autonomia reforçada das agências reguladoras brasileiras

Para dar seguimento à comparação entre as agências reguladoras brasileiras e a realidade francesa, destacam-se os três blocos de reflexão expostos no Relatório da Assembleia Nacional sobre as autoridades administrativas independentes de 2010 como norte de análise. São eles: qual a legitimidade e limites dessas instituições? Qual a aderência delas às obrigações financeiras que a administração pública se vincula? Como garantir independência sem criar um quarto poder?

Sobre o primeiro bloco de reflexões, as discussões já foram apresentadas, inclusive com as devidas comparações com a tradição francesa. Em síntese, no Brasil, o próprio constituinte legitimou esse modelo de maneira que as agências reguladoras são realidades já incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio. Todavia, ao analisar as recomendações feitas pela Assembleia Nacional francesa, percebe-se que a preocupação em se unificar a competência jurisdicional não faz sentido no Brasil, pois não existe separação entre jurisdição administrativa e comum. O que se pode considerar como preocupação comum nessa dimensão de problematização é a necessidade de melhoria da atividade regulatória, em conformidade com o que se considera a terceira onda regulatória exposta por Carlos Ragazzo.

Com relação ao segundo bloco de reflexões, destaca-se a

afirmação feita por Alexandre Santos de Aragão, para quem a autonomia financeira é requisito essencial às agências reguladoras, assegurada através da titularidade das “taxas regulatórias”. Além disso, segundo ele, as leis instituidoras das agências devem garantir a autonomia orçamentária, que se vincula ao envio da proposta de orçamento ao ministério. Entretanto, o autor destaca que não se pode desprezar as limitações decorrentes do “princípio da unidade orçamentária” (ARAGÃO, 2013, p. 352 e ss.). Também não há dúvidas quanto à necessidade delas prestarem contas aos Tribunais de Contas, em conformidade com o art. 70 da Constituição da República.

Já no que tange ao terceiro bloco de reflexões, isto é, a preocupação com o grau de independência das agências reguladoras, acredita-se que é preferível discutir os seus níveis de autonomia. Defende-se o termo autonomia no lugar de independência por acreditar que esta ideia vincula-se à uma compreensão de pretensa neutralidade e afastamento completo do órgão do governo. Essa ideia não deve ser reiterada, pois as agências reguladoras integram institucionalmente a política econômica do país e, portanto, faz-se necessária a participação direta do Legislativo nessa forma de intervenção econômica. Nesse sentido, considera-se que um dos grandes desafios de desenho institucional dessas agências é concretizar uma maior participação do Poder Legislativo na direção das agências reguladoras, nos moldes do proposto pelo Relatório da Assembleia Nacional da França das autoridades administrativas independentes.

Não se deve esquecer que, no Brasil, cabe ao Poder Legislativo a criação, extinção e alteração do regime jurídico das agências reguladoras. Portanto, a autonomia das agências reguladoras frente a ele é restrita, sendo ele competente também para fiscalizar todos os aspectos da atuação das agências reguladoras, bem como para sustar os atos normativos

delas, caso não atendam os parâmetros legais. Configura-se, diante dessas observações, que as agências reguladoras no Brasil têm, não uma independência, mas uma autonomia reforçada.

CONCLUSÃO

A adequação da regulação autônoma ao Direito Administrativo de países que sofreram forte influência da tradição francesa oferece grandes desafios aos juristas, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, analisar a trajetória francesa no processo de incorporação das autoridades administrativas independentes fornece ao estudioso do assunto importantes ferramentas para equacionar os conflitos decorrentes dos choques entre tradições jurídicas. Entretanto, qualquer cópia das soluções apresentadas em outro país, ignorando a cultura, ordenamento jurídico pátrio e história, vai apenas reproduzir novos problemas.

Diante desse contexto, analisou-se os pormenores das características do Direito Administrativo francês, ressaltando as reformulações das ideias de serviço público, defesa da concorrência e da própria organização administrativa do país. Essa breve reconstrução histórica permitiu compreender que o fenômeno da regulação econômica passou a ter um novo significado com aplicação direta do direito comunitário europeu no ordenamento jurídico pátrio da França. Esse novo contexto é marcado por um crescimento da quantidade de autoridades administrativas independentes com a subsequente preocupação tanto da doutrina, quanto de instituições como o Conselho de Estado e a própria Assembleia Nacional em adequar o conceito contemporâneo de regulação econômica à tradição administrativista francesa.

Vive-se no Brasil uma semelhante conjuntura, na medida

em o Direito Administrativo pátrio também se baseava em uma forte centralidade da administração, prestação direta de serviços públicos pelo Estado e primazia do princípio da legalidade. Entretanto, a própria condição de economia industrializada tardiamente e a diferente origem normativa da regulação autônoma impedem a absorção de todas as soluções francesas. Além disso, obviamente não se tem no Brasil preocupações com mercado comum europeu, nem com a dualidade jurisdicional (comum e administrativa). Entretanto, a experiência francesa mostrou-se muito útil para nortear a interação das agências com o próprio Poder Executivo, quanto com o Legislativo e Judiciário, oferecendo importantes contribuições na reconfiguração institucional desses órgãos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BADIN, Luiz Armando. As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 491-508.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm >. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif**: De la Révolution au début des années 1970. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

CHARLES, Hubert. Podemos falar de uma concepção republicana do direito econômico francês? In: **Filosofia do Direito e Direito Econômico**: Que diálogo? (Miscelâneas em honra de Gérard Farjat). Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 125-136.

CONSEIL D'ETAT. Nº **284736**, 6 abr. 2017. Edouard Crépey (relator). Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=n%BA+284736&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012.

DOSIÈRE, René; VANNESTE, Christian. **Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes**. Paris: Assemblée Nationale, 2010.

DUVERGIER, J. B. **Lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du conseil-d'état**. Paris : Chez A. Guyot, 1824. T.1.

FONSECA, Igor Ferraz da; OLIVEIRA, Marília Silva; REZENDE, Raimor Rodrigues. **Diagnóstico e avaliação das audiências públicas no âmbito do governo federal**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012.

FRISON-ROCHE, Marie Anne. La victoire du citoyen-client in

Services publics et marché: l'ères des régulateurs, **Revue Sociétal**, Paris, SERPE, n. 30, p. 49-54, 4^{ième} tr. 2000.

GENOT, Michel. **Les autorités indépendantes**. Paris: Montchrestien, 1991.

GOMES, Ângela de Castro. Autoritarismo e corporativismo no Brasil: o legado de Vargas. In: BASTOS, Pedro Paulo Zahlut; FONSECA, Pedro Cezar Dutra (Orgs). **A Era Vargas: Desenvolvimentismo, economia e sociedade**. São Paulo: Editora Uniesp, 2012. p. 69-92.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 2, n. 4, p. 187-209, jan./mar. 2004.

GUILLIEN, Raymond; VINCENT, Jean. **Lexique des termes juridiques**. 17.ed. Paris : Dalloz, 2010.

MARAIS, Bertrand. **Droit public de la régulation économique**. Paris : Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e social e participação pública no Brasil. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., 2004, Madrid. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/articipacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **Constitution de la République Française**. Constitution du 4 octobre 1958. Disponível em: <<http://>

www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Acesso em: 6 nov. 2014.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **Constitution du 22 frimaire de l'an VIII** (Constitution de La République Française de 1799). Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-l-an-8.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **Décret du 16 août 1790, sur l'organisation judiciaire**. Disponível em: https://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l'organisation_judiciaire_des_16-24_aout_1790#Article_10>. Acesso em: 15 fev. 2016.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Loi du 22 décembre 1789**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/images-decentralisation/decentralisation/loi-du-22-decembre-1789-.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2014.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Lois des 16 et 24 aout 1790 sur l'organisation judiciaire**. Disponível em: <<http://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências reguladoras no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, v. 18, n. 8, ago. 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. A administração direta e as autarquias: autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 35-55.

SOTO, Jean de. **Grands services publics et entreprises nationales**. Paris: Éditions Montcrestien, 1971.

Como citar: LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.146-181, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p146. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 27/01/2016

Aprovado em 07/04/2016

**A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL: IMPLICAÇÕES
NO COMÉRCIO ELETRÔNICO
BRASILEIRO**

THE VIENNA CONVENTION ON
CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL
SALE OF GOODS: IMPLICATIONS FOR
THE BRAZILIAN E-COMMERCE

* Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Professor Adjunto de Graduação e Stricto Sensu da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: contato@tarcisoteixeira.com.br.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). E-mail: isabelasabo@gmail.com.

Tarcisio Teixeira*
Isabela Cristina Sabo**

Como citar: TEIXEIRA, Tarcisio; SABO, Isabela Cristina. A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional: implicações no comércio eletrônico brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.177-202, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p182. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: A pesquisa aborda a recente adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), bem como investiga eventuais conflitos com as leis internas quando os contratos são celebrados pelo meio eletrônico (*e-commerce*). Será examinado como se dá a aplicação da CISG nos contratos envolvendo empresas multinacionais que detém o domínio

de seu *site* em diversos países, e, também, sua possível exclusão nos contratos considerados de consumo pela Teoria Finalista Mitigada. Conforme será apontado, a questão gerará maior polêmica com o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012 (que visa a atualização do CDC), o qual amplia o viés protetivo do consumidor no âmbito internacional do comércio eletrônico.

Palavras-chave: CISG; comércio eletrônico; normas internas brasileiras.

ABSTRACT: This research addresses the recent accession of Brazil in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), and investigates the possible conflicts with national laws when contracts are celebrated in the electronic environment (e-commerce). This paper will also examine the application of the CISG in the contracts that involve multinational companies, especially those who own their site's domains in several countries. Therefore, this study analyzes the possible exclusion of these consumption contracts and utilizes as a basis the Finalist Mitigated Theory. However, this issue will generate controversy with the recent Senate's Bill N. 281/2012, which wants to modernize the CDC – as it extends the consumer's protective rights to the international scope of e-commerce.

Keywords: CISG; e-commerce; internal Brazilian standards.

INTRODUÇÃO

Em 19 de outubro de 2012 o Congresso Nacional Brasileiro ratificou o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em inglês, ou CVIM, na sigla em francês), por meio do Decreto Legislativo nº 538/2012. O instrumento de adesão foi depositado na sede das Nações Unidas em 4 de março de 2013 e passou a vigorar no país no dia 1º de abril de 2014.

Com essa medida o Brasil se tornou o 79º Estado parte¹ da Convenção de Viena de 1980, cujo objeto é reger os contratos privados internacionais, especialmente aqueles destinados ao comércio. Após, a Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 16 de outubro de 2014, com a promulgação do Decreto Presidencial nº 8.327/2014. O texto da CISG foi o resultado de um esforço coordenado de países de culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes de diversas partes do mundo, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law).

Tendo em vista que a grande maioria dos contratos internacionais é regulada pela Convenção de Viena de 1980, fez-se de suma importância a entrada do Brasil neste cenário, o que possibilitou aos empresários

1 Países que atualmente adotam a CISG: Albânia, Alemanha, Argentina, Armênia, Áustria, Austrália, Benin, Bielorrússia, Brasil, Bulgária, Burundi, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Canadá, Chile, China, Chipre, Cingapura, Colômbia, Croácia, Cuba, Dinamarca, Egito, El Salvador, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Gabão, Gana, Geórgia, Grécia, Guiné, Holanda, Honduras, Hungria, Iraque, Islândia, Israel, Itália, Japão, Lesoto, Letônia, Libéria, Lituânia, Luxemburgo, Líbano, Mauritânia, Moldávia, Mongólia, Montenegro, México, Noruega, Nova Zelândia, Paraguai, Peru, Polônia, Quirguistão, República da Coreia, República do Congo, República Dominicana, República Iugoslava da Macedônia (Antiga), República Tcheca, República Árabe Síria, Romênia, San Marino, Suécia, Suíça, São Vicente e Grenadinas, Sérvia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela (República Bolivariana da) e Zâmbia. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/status>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

brasileiros a se juntarem aos seus parceiros comerciais relevantes (como a China e os EUA), além de trazer uma padronização e maior segurança jurídica no momento da celebração dos contratos, bem como menores custos de transação.

As regras diversas características de cada país, como o prazo de entrega, a garantia dos negócios e formas de pagamento eram, de certa forma, um obstáculo à interação negocial entre as empresas brasileiras e estrangeiras, sobretudo frente ao atual cenário da globalização. Daí porque os juristas sempre defenderam a aprovação da Convenção, como meio de fomentar a economia local e tornar o Brasil um país mais competitivo.

A pesquisa abordará a respeito dos contratos internacionais realizados por meio da internet (*e-commerce*), cuja aplicação da CISG eventualmente apresentará discussões quanto à definição do local de aplicação da norma, em razão da extensão, proporcionada pela internet, de estabelecimentos comerciais “virtuais” a diversos países. E ainda, possivelmente conflitará com as normas internas brasileiras, especialmente com o atual Código de Defesa do Consumidor e com o Projeto de Lei do Senado nº 281/2012, que, dentre as suas disposições, visa atualizar a lei consumerista com normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico em escala internacional.

Em que pese os impasses normativos apontados, será demonstrado que a Convenção significa um avanço no sentido econômico mundial, razão pela qual espera-se integrar seu texto às normas jurídicas brasileiras e que suas vantagens legislativas sejam devidamente usufruídas pelos interessados no comércio internacional, especialmente no meio eletrônico, objeto de maior enfoque da pesquisa.

1 INFORMÁTICA, COMÉRCIO INTERNACIONAL E ASPECTOS GERAIS DA CISG

O desenvolvimento veloz da informática faz com que o Direito cada vez menos consiga acompanhá-la e definir regras de modo a garantir que as relações negociais neste patamar sejam mais equitativas. O meio virtual, na realidade, vem sendo caracterizado por práticas nas quais há uma dificuldade de se estabelecer normas internas, principalmente no atual contexto de globalização.

Wagner Menezes (2005, p. 119) destaca que esse enfraquecimento estatal decorre dos seguintes fatores: a) a transferência de certas competências aos foros internacionais; b) os fluxos e refluxos comerciais que atravessam suas fronteiras e são regulamentados em foros internacionais; c) o compartilhamento do monopólio de produção normativa com organizações internacionais; d) o surgimento e fortalecimento de outros atores ativos que abarcam para si uma parcela de competência no contexto internacional; e) o fortalecimento de sujeitos de direito privado que operam transnacionalmente entre suas fronteiras; e f) o surgimento de normas transnacionais e supranacionais.

Dentre esses atores, é de se destacar a atuação relevante da Câmara Internacional do Comércio (ICC, na sigla em inglês), que conta com projetos atuais no âmbito da economia digital, como elaborar um plano de ação global sobre as prioridades de negócios internacionais, constando diretrizes de segurança cibernética para empresas e orientando os governos a fornecer recursos para mitigar os riscos dos crimes cibernéticos e, assim, preservar a confiança nos negócios por meio de práticas de privacidade e de segurança cibernética eficazes.²

2 ICC in 2015 – Programme of Action – English. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/news/brochures>>.

Para tanto, a ICC vem trabalhado no sentido de publicar “brochuras” (folhetos normativos), para promover e assessorar o comércio internacional e fortalecer a *lex mercatoria*³, ou seja, os usos e costumes internacionais, tendo em vista que o direito material interno em si é cada vez mais incapaz de acompanhar a rápida evolução e o elevado grau de especialização do comércio internacional, bem como os problemas legais decorrentes disto. Dentre os objetivos recentes destes folhetos estão as recomendações sobre direitos autorais, haja vista que algumas legislações internas não fornecerem a proteção adequada para o software de um computador complexo. Ou ainda, recomendações sobre o financiamento do comércio internacional e dos mercados de capitais⁴, dado que as leis nacionais são muitas vezes inaptas para fornecer soluções viáveis aos negócios internacionais (BERGER, 2010, p. 26-27)⁵.

Alguns autores, a exemplo de Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 69-70), defendem que a internet deve se autorregular com absoluta flexibilidade, de forma que os usos e costumes criem suas próprias

Acesso em: 19 dez. 2015.

- 3 Sobre a *lex mercatoria*, Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 57-58) faz a relevante ponderação: “Em relação à economia global, é dito que predomina o costume comercial (*lex mercatoria*), e é por isso que o direito codificado permanece imutável, uma vez que já não é a lei, senão o contrato, o instrumento mediante o qual se realiza a inovação jurídica. É conhecida a influência que têm os novos tipos contratuais de raiz transnacional, com os contratos de *leasing*, *franchising*, *trust* ou fideicomisso, *shopping center*, dentre outros. A isso deve ser agregada uma série importantíssima de normas ditadas pelo funcionamento dos organismos internacionais, que passaram a ter uma gravitação decisiva sobre os ordenamentos nacionais. Isso produz modelos de leis, como a “lei-modelo da Uncitral” em matéria de comércio eletrônico, ou as leis de proteção de investimentos”.
- 4 A propósito, de acordo com o catálogo de publicações da ICC, a última brochura publicada (“ICC Pub. No. 978E”), em 2014, versa sobre regras e práticas bancárias no comércio exterior. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/news/brochures>, “Catalogue of ICC Publications – English”. Acesso em: 13 fev. 2016.
- 5 Nas palavras do referido autor: “*Today, domestic legislatures publish brochures to promote the advantages of their respective jurisdiction in the global ‘patchwork’ of domestic private and commercial laws to foreign parties. The goal of this ‘battle of brochures’ is to gain a marketing advantage in the regional and global competition of legal systems. What these brochures do not state, however, is that it is often the domestic substantive law itself which proves to be incapable of keeping pace with the development and fast evolution as well as the high degree of specialization of international commerce and the legal problems arising out of it. In the famous IBM/Fujitsu-arbitration, domestic copyright laws proved to be incapable of providing adequate protection for complex computer software. Also, in the field of international trade finance and capital markets transactions, such as swaps and derivatives contracts, domestic laws are frequently inapt to provide workable and practicable solutions for international business*” (BERGER, 2010, p. 26-27).

regras. Muitos sustentam que o comércio na internet deve ser imune às restrições legais nacionais, de forma que, assim como existe uma *lex mercatoria*, deve existir uma “*lex informática*” que se adapte às necessidades específicas do meio. Esta dificuldade decorre, justamente, do acesso à internet em escala transnacional.

Daí porque recorrer-se à transnormatividade, tendo em vista que o processo de globalização amplia cada vez mais os temas jurídicos, reputando-os um verdadeiro caráter internacional. A produção normativa não é mais idealizada e distribuída dentro do espaço geográfico nacional, mas também visualizando o sistema internacional, buscando-se abarcar as mais variadas culturas dentro do espaço atual globalizado. É por essa razão que a CISG representou uma conquista mundial quanto aos contratos comerciais internacionais e que, recentemente, foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De modo geral, a Convenção é construída à base de princípios e cláusulas abertas, viabilizando a sua adaptação às diversas regulamentações dos Estados. Isso porque durante a sua elaboração, os redatores encontraram dificuldades como a divergência ideológica entre os países ocidentais e aqueles do então sistema comunista, ou divergências econômicas entre os países do sistema da *common law* e da *civil law* (KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 35).

No Brasil, a Convenção guarda relação direta com os princípios de Direito Civil, quais sejam, a obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*) e a razoabilidade (art. 79.1⁶); a boa-fé objetiva, realçada nos deveres de cooperação entre as partes, de informação e transparência (art.

6 Art. 79.1: Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

68⁷), de comportamento leal (*fair dealing*), vedando-se o agir contraditório (*non venire contra factum proprium*) (art. 16.2⁸), e também o de mitigação dos danos (*duty to mitigate the loss*) (art. 77⁹). Essas obrigações, no direito contratual brasileiro, são chamadas doutrinariamente de “deveres anexos”¹⁰, desdobramentos da boa-fé objetiva, princípio exaltado em várias normas infraconstitucionais.

A propósito, Everardo Nóbrega de Queiroz (2002, p. 98) ressalta a importância da função do princípio da boa-fé objetiva enquanto uma etapa preliminar decisiva para superação dos obstáculos ao processo de harmonização dos direitos do comércio internacional, o que corresponde no reconhecimento da autonomia da *lex mercatoria*, caminhando para a consolidação dos usos e costumes no aspecto internacional.

Dá-se ênfase também à consagração do princípio da autonomia da vontade como fundamento da CISG, explícito no texto do art. 6¹¹, que garante às partes de uma relação contratual excluir a aplicação da Convenção ou mesmo derrogar ou modificar os efeitos de qualquer um

7 Art. 68: Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for concluído. Não obstante, se assim resultar das circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tiverem passado para a posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao contrato de transporte. Todavia, o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador.

8 Art. 16.2: A proposta não poderá, porém, ser revogada:

(a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável;

(b) se for razoável que o destinatário a considerasse irrevogável e tiver ele agido em confiança na proposta recebida.

9 Art. 77: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

10 Os deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, correspondem a outros direitos subjetivos, ainda que não expressamente previstos na lei ou no contrato, a exemplo, a exemplo, o dever de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação, etc. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439).

11 Art. 6^o: As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

de seus dispositivos, exceção feita tão somente quanto ao art. 12¹², que se refere à a matéria de ordem pública do país signatário. No Brasil, a autonomia da vontade, ou autonomia privada, está presente em vários pontos do ordenamento, tanto no viés constitucional (garantida em vários incisos do art. 5º como direito fundamental), como também no patamar infraconstitucional, especialmente no Código Civil no que tange à teoria geral dos negócios jurídicos (arts. 107, 110, 111, 112, 116, 121 e 138, dentre outros).

Dentre os principais objetivos da Convenção traçados pela doutrina, estão: a) limitar a possibilidade de “escolher” o foro mais favorável a uma das partes, a exemplo, evitar quando o autor da ação, inexistindo regras específicas para determinar o juízo competente, tem a faculdade de propô-la no país em que as regras lhe são mais benéficas – no caso, as regras aplicadas passam a ser sempre as da Convenção; b) reduzir a necessidade de recorrer às regras de direito internacional privado, quando, por exemplo, as leis dos países envolvidos divergem umas das outras – é o caso do art. 9º, da LINDB, que determina pela aplicação da lei do país onde residir o ofertante, o que é contrário no direito francês e no direito da União Europeia, pelo qual as partes podem determinar no contrato a lei a ser aplicada em caso de litígio; e c) oferecer regras modernas sobre a compra e venda, apropriadas às transações internacionais, no sentido de garantir às partes segurança, previsibilidade e agilidade no comércio internacional (KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 43-46).

A CISG é formada por princípios bastante compatíveis com

12 Art. 12: Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo.

aqueles que fundamentam as relações jurídicas no âmbito do contrato de compra e venda civil e empresarial no direito brasileiro. Contudo, ainda restará algumas dúvidas quando a sua aplicação envolver operações efetivadas pela internet (*e-commerce*), conforme se verá adiante.

2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A MULTIPLICIDADE DE “ESTABELECIMENTOS VIRTUAIS”

Comércio eletrônico é uma extensão do comércio convencional, correspondendo a um ambiente eletrônico em que as operações de troca, compra e venda e prestação de serviço são concretizadas com o auxílio de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais é possível realizar a negociação, a conclusão e até mesmo a execução do contrato, quando envolverem bens intangíveis (TEIXEIRA, 2015a, p. 25).

Como aponta José Eduardo Faria (2004, p. 29), os sucessivos avanços da tecnologia fazem surgir modos inéditos de comunicação e de transmissões culturais instantâneas entre pólos bastante longínquos, levando a proximidade física entre os indivíduos a ser progressivamente substituída pelos efeitos interativos das redes tecnológicas de interligação no tempo e no espaço. Assim, quanto mais disponíveis e sofisticadas são as formas de vinculação eletrônica entre as pessoas, mais amplas acabam sendo as possibilidades de “encontros sociais” no espaço virtual entre quem jamais se encontrou ao menos uma vez frente a frente, entre quem jamais se falou pessoalmente.

Diante disso, os meios eletrônicos passam a ser amplamente utilizados no comércio internacional, no qual as negociações comerciais se valem do uso de mecanismos modernos de comunicação, como a internet e as correspondências eletrônicas (FARIAS, 2002, p. 194).

Em se tratando de relações firmadas entre partes com sede em países distintos, caberá observar, também no ambiente eletrônico, as disposições constantes na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

O primeiro e principal critério de aplicação da CISG, determinado em seu art. 1º, é que as partes contratantes tenham seus estabelecimentos em Estados distintos (critério internacional), além de que estes Estados devam fazer parte da Convenção. A segunda hipótese de aplicação da CISG se dá quando as regras de direito internacional privado de determinado país determinem que a lei aplicável seja a de um país contratante, ocasião em que a Convenção deverá ser seguida (previsão do art. 1, “1.b”)¹³.

Quando a parte contratante possuir mais de um estabelecimento comercial, o art. 10 da CISG prevê que “será considerado aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato”. Pergunta-se: no caso de uma empresa que utiliza-se apenas de seu *site* (como é o caso de algumas empresas de *softwares*), para circulação de seus produtos, como definir o seu estabelecimento comercial? Ou ainda, no caso das grandes multinacionais de *e-commerce*, que possuem domínios de seu *site* em vários países (por exemplo, Aliexpress, e-Bay, Amazon, Apple, Google, etc.), como definir qual o estabelecimento comercial para fins de aplicação ou não da CISG?

Na maioria das operações do comércio internacional, o estabelecimento é aquele que determina de forma real o vínculo com um

¹³ É o caso do Brasil antes da adesão, dado que o art. 9º da LINDB determina que norma a ser aplicada será a do local onde a obrigação foi constituída, entendido como o foro onde residir o proponente (ofertante).

sistema jurídico determinado. Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta (2015, p. 48) entendem que, tratando-se de contrato concluído por meio eletrônico, a localização do servidor não poderá determinar, por si só, o lugar do estabelecimento. Faz-se necessário haver um fator que determine o real (contrário de virtual) estabelecimento das partes, ou seja, sua localização física.

Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 326), em opinião diversa, nota que as relações virtuais têm a sua própria autonomia por sua configuração de sistema, fazendo com que, pelo menos em alguns setores, o lugar venha a ser efetivamente virtual (como já mencionado, empresas que produzem *softwares*¹⁴¹⁵). Essa realidade implica em buscar uma maneira segura de imputar efeitos jurídicos, não importando determinar se alguém está nesse lugar ou se nele esteve para o cumprimento do contrato, visto que na *web* existe e existirão muitas maneiras de atender a esse requisito. O “lugar jurídico” pode ser um nome de domínio, que não coincida com o “lugar real” em que está efetivamente situado o sujeito.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 42), se o acesso é feito pelo deslocamento no espaço até o imóvel em que se encontra instalada a empresa, o estabelecimento é físico; se acessado por via de transmissão

14 A propósito, Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta (2015, p. 77-79) observam sobre os *softwares* entrarem ou não no domínio da CISG. A doutrina estrangeira faz uma distinção entre os *softwares* padrões ou “standard” e os *softwares* feitos sob medida, afastando-se a aplicação da CISG no último caso. Os referidos autores entendem que, em razão da dificuldade de diferenciação entre um *software* padrão e um *software* específico (se trata-se de programa já existente para determinada contratação), bem como tendo em vista que o desenvolvimento informático implica em considerar determinados produtos do comércio eletrônico como mercadorias propriamente (a exemplo de um antivírus comprado e instalado via internet com diversas opções de proteção), a aplicação da CISG à compra e venda de *softwares* no geral seria a solução jurídica mais adequada, sobretudo para evitar a dúvida sobre a lei aplicável.

15 Depois de intenso debate, o STF (RE 176.626 3, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11-12-1998) apreciou a questão da tributação do *software*. O tribunal entendeu que o programa de computador pode ser tributado pelo ICMS ou não, a depender do caso concreto. De acordo com a decisão do STF, se o *software* é comercializado indistintamente no mercado a qualquer interessado, é considerado um produto (*software* de prateleira), tributável pelo ICMS. Entretanto, se o *software* foi desenvolvido especialmente para um cliente sob encomenda, trata-se de uma prestação de serviços. E, sendo uma prestação de serviços, fica sujeita ao regime tributário do ISS.

eletrônica de dados, é virtual. O comércio eletrônico não descarta o conceito de estabelecimento, visto que o empresário que deseja operar exclusivamente no ambiente virtual também reúne bens tangíveis e intangíveis indispensáveis à exploração da atividade econômica. A imaterialidade característica do estabelecimento virtual não se refere aos bens componentes (que são materiais ou não, como em qualquer estabelecimento), mas à acessibilidade. Em empresas com mais de um estabelecimento – como no caso da franquia – o autor também faz a interessante consideração quanto àqueles que operam no meio virtual:

[...] em razão da diferença na acessibilidade, determinados contratos relacionados à organização do estabelecimento perdem sentido econômico, embora não exista empecilho jurídico à sua concretização. É o caso da franquia, por exemplo. Para o franqueador, o contrato com o franqueado atende ao objetivo de ampliar a rede de distribuição de seus produtos ou serviços sem o investimento exigido pela abertura de estabelecimentos filiais. Por meio dos franqueados, os produtos ou serviços identificados pela marca do franqueador ficam acessíveis (fisicamente) aos consumidores. Ora, quando a acessibilidade é virtual, é desnecessária a ampliação dos pontos de venda, desdobrados em estabelecimentos físicos espalhados pelo País, já que os interessados realizam o ato de consumo pela internete (COELHO, 2012, p. 43).

A jurisprudência estrangeira, por seu turno, entende que de acordo com os arts. 1º e 10 da CISG, estabelecimento é o local onde a atividade empresarial é efetivamente e essencialmente exercida. Assim, em se tratando de filial, igualmente pode ser considerada estabelecimento, o que coaduna com o art. 10, letra “a”, que considera que “se uma parte tiver mais de um estabelecimento” aquele que deve ser tomado em consideração é o “que tiver relação mais estreita com o contrato

e a respectiva execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas das partes ou por elas consideradas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da conclusão deste” (KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 49).

O estabelecimento comercial pode ser composto por bens corpóreos e incorpóreos, sendo razoável situar o estabelecimento virtual como um bem incorpóreo, razão pela qual pode ser entendido como uma extensão do estabelecimento, tendo em vista que possibilita a comercialização de produtos e a prestação de serviços (TEIXEIRA, 2015b, p. 241-242).

Frise-se que existem algumas propostas legislativas, no intuito de associar o domicílio virtual com um lugar fixo, que determinam pela inscrição da empresa em um registro específico, no intuito de relacionar o domicílio do ofertante ao local em que está registrado (LORENZETTI, 2004, p. 328-329). A título de exemplo, no Brasil há o “Registro.br”, departamento do “NIC.br” (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR) responsável pelas atividades de registro e manutenção dos nomes de domínios que utilizam o “.br”.¹⁶

Assim, compreende-se que o *site* pode ser perfeitamente considerado como estabelecimento para fins de aplicação da CISG, tendo em vista que o comércio inteiramente eletrônico é tendência cada vez mais presente nas relações negociais, bem como considerando que a Convenção, em seu texto aberto do art. 10, favorece a interpretação neste sentido, ao definir como estabelecimento aquele que mais se aproximar do contrato e sua execução. A interpretação em contrário poderá afastar erroneamente a aplicação da CISG.

¹⁶ O registro de domínios, nas categorias sob o “.br”, está disponível para pessoas físicas (CPF) e jurídicas (CNPJ) legalmente representadas ou estabelecidas no Brasil com cadastro regular junto ao Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://registro.br/dominio/regbras.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

3 AS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS E O EVENTUAL CONFLITO ENTRE A CISG, O CDC E O PLS Nº 281/2012

O art. 2º, letra “a”, da CISG, dispõe que as regras convencionais não serão aplicadas no caso de “mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso”. No Brasil referem-se, propriamente, aos contratos de consumo regidos pela Lei n. 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Indaga-se, a par disso, acerca de um eventual conflito entre a Convenção e as normas internas consumeristas.

Em estudos a favor de uma norma internacional de proteção ao consumidor, Cláudia Lima Marques (2004, p. 339-339) aponta que, embora a Convenção volte-se totalmente para os contratos de venda entre comerciantes e exclua de seu campo de aplicação os contratos internacionais entre consumidores e fornecedores de produtos, é possível o seu emprego a esses contratos de forma excepcional. Isso porque, na segunda parte do art. 2º, existe uma ressalva de não exclusão quando o vendedor não sabia que as mercadorias seriam adquiridas para tal uso. A autora exemplifica que se um advogado no Chile faz encomenda por carta a uma fábrica da Argentina, usando papel timbrado de seu escritório, a fim de adquirir uma mesa para o seu computador em casa, ao fabricante é possível considerar que referida mercadoria se destina à atividade do advogado. Logo, as regras da CISG são aplicadas em casos como este.

Quando uma pessoa física adquire um produto para o uso “pessoal, familiar ou doméstico”, não restam dúvidas que a aplicação da CISG será excluída, cabendo às regras ordinárias do direito internacional

privado (e o CDC, havendo relação de consumo) para tutelar a parte – consumidor – no âmbito do comércio internacional. Assim, a Convenção, a princípio, não gera efeitos sobre as relações de consumo, portanto, impedindo a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Acontece que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, ao filiarem-se à Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada, consideram como consumidor aquele em que se reconhece uma vulnerabilidade na relação. Para essa teoria, vulnerabilidade é uma fragilidade do consumidor (pessoa física ou jurídica) que pode ser de ordem fática, técnica, jurídica ou informacional da que se relaciona com o fornecedor.

Doutrinariamente, para Cláudia Lima Marques (2012, p. 92-103) tal teoria trata-se de uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada, pois cuida de situações complexas em que empresas se utilizam de insumos para a sua linha produtiva, mas não de sua área de especialidade, sendo, portanto, vulneráveis perante a parte contrária, por isso a necessidade da tutela do CDC. Vulnerabilidade é a chave para esta teoria, podendo ser vulnerabilidade: técnica, jurídica/científica, fática/socioeconômica ou informacional. Para a autora, a vulnerabilidade técnica está relacionada ao fato de o consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido. Vulnerabilidade jurídica ou científica relaciona-se com a ausência de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos. Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica se dá quando há uma inferioridade do comprador face à posição privilegiada ou superior do vendedor tendo em vista seu porte econômico ou em razão da essencialidade do produto, por exemplo, quando um médico compra um veículo pelo sistema de consórcio, cuja regulamentação se dá pelo Estado. Por último, a

vulnerabilidade informacional está ligada ao déficit de informação do consumidor, inerente à relação de consumo, pois os fornecedores são os únicos detentores das informações. A autora reconhece que esta categoria estaria englobada na vulnerabilidade técnica.

No âmbito jurisprudencial, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consumidor é aquele que retira o produto do mercado e não o utiliza para auferir lucro, porém, se existe, nesta relação, uma vulnerabilidade, então, ainda que haja lucro, haverá relação de consumo¹⁷.

17 Nesse sentido, cf. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. VULNERABILIDADE. CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRÁTICA ABUSIVA. OFERTA INADEQUADA. CARACTERÍSTICA, QUANTIDADE E COMPOSIÇÃO DO PRODUTO. EQUIPARAÇÃO (ART. 29). DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA SOB A PREMISSA DE TRATOS SUCESSIVOS. RENOVAÇÃO DO COMPROMISSO. VÍCIO OCULTO. A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 476428-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 19/04/2005, Data de Publicação: 09/05/2005).

Cf. PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETTIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de *softwares*, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial (STJ, REsp. 1010834-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 03/08/2010, Data de Publicação: 13/10/2010).

Cf. CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 716877-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Data de Julgamento: 22/03/2007, Data de Publicação: 23/04/2007).

Isso, de certa forma, é amparado pelo teor do art. 2º do CDC, ao prever uma pessoa jurídica poder ser considerada consumidora.

Em uma visão de direito comparado, aproxima-se dessa interpretação a Espanha, com a Lei n. 26/1984 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), em seu art. 1º, o qual considera como consumidores ou usuários pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizam ou desfrutam como destinatários finais, bens móveis ou imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções¹⁸; e a Argentina, disciplinando no art. 1º, da Lei n. 24.240/1993 (*Ley de Protección y Defensa del Consumidor*), consumidores enquanto pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título oneroso para o seu consumo final ou para o benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social¹⁹.

Diante dessas considerações, como o juiz deverá proceder em uma compra e venda internacional entre pessoas jurídicas, que o direito brasileiro eventualmente poderá considerar como relação de consumo? E mais, como proceder tendo em conta que a empresa considerada “consumidora” poderá escolher o foro de competência, ao passo que Convenção versa de modo totalmente diverso? Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta (2015, p. 66-67) entendem que o juiz poderá aplicar a CISG sob o argumento de que com a sua entrada em vigor no Brasil, há um novo e específico regime jurídico aplicado aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Além disso, de acordo com o princípio da *lex posterior derogat priori*, caberá ao juiz afastar a

18 Artículo primero: [...] A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

19 Artículo 1: Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

aplicação do CDC e presar pela Convenção de Viena. Neste ponto, os autores ainda ponderam:

O jurista brasileiro está acostumado a lidar com vários regimes jurídicos dos contratos, sejam eles civis, comerciais, de consumo, administrativos etc. Sabemos que, na aplicação das regras de um regime jurídico dos contratos, existem características próprias que só se aplicam ao contrato cuja natureza jurídica é contemplada pelo regime em questão. Assim, diante de um contrato de consumo, o jurista deverá utilizar os “óculos consumerista” para analisar o contrato. Não pode ele ser influenciado por outro regime jurídico diferente. Assim, também, ocorre com a ratificação da CISG pelo Brasil. Temos que nos acostumar a ver a compra e venda internacional de mercadorias segundo os “óculos da Convenção” para não desnaturar sua aplicação, nem macular seu objetivo. Esta tarefa é árdua, mas factível (PIGNATTA, 2015, p. 36-37).

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p. 198), em mesmo raciocínio, disserta acerca do princípio *lex posterior derogat priori*, solução doutrinária e jurisprudencial empregada quando do conflito entre tratado e lei interna. O Supremo Tribunal Federal adota, desde 1977, o sistema paritário, em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária, sendo possível revogar (perder eficácia) disposições em contrário, ou ser revogado diante de lei posterior. O autor frisa que a partir da ratificação de um tratado, o Congresso Nacional assume a obrigação de se abster de legislar em sentido contrário ao que fora acordado (obrigação negativa), configurando, possivelmente, uma má-fé internacional inadmissível aos olhos do “direito das gentes” caso edite leis opostas à conduta que adotou anteriormente (MAZZUOLI,

2001, p. 206-207).

Ademais, existindo confronto entre dois ou mais dispositivos legais, cabe ao aplicador utilizar-se de um deles observando sempre a hierarquia das normas, preferindo-se a lei especial sobre a lei geral, sob pena do julgamento por meio da denominada “justiça do caso concreto”, o que pode gerar insegurança jurídica aos agentes econômicos (TEIXEIRA, 2015a, p. 88).

Acerca do assunto, cabe ainda observar que está em trâmite o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012 (BRASIL, 2012), visando a alteração do CDC (Lei n. 8.078/90) para que este passe a dispor sobre o comércio eletrônico, bem como aperfeiçoar a disciplina dos “contratos internacionais comerciais de consumo”. A finalidade é de promover uma maior proteção ao consumidor em negócios internacionais e eletrônicos, bem como melhorar o seu acesso à Justiça. Dentre as modificações propostas, destaca-se o que se objetiva ser a nova redação do art. 101 do CDC:

Art. 101: Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título:

I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;

II – o consumidor residente no Brasil, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;

III – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de

arbitragem celebradas pelo consumidor.

Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça.

Esse dispositivo, que atualmente já dispõe na esfera nacional sobre o foro privilegiado do consumidor, em sendo aprovado, passará a disciplinar, efetivamente, a possibilidade de escolha do local de aplicação da norma também no âmbito internacional. Assim, quando o consumidor, residente no Brasil, for réu na ação, o foro competente será o de seu domicílio (inciso I); e quando o consumidor, residente no Brasil, for autor na ação, ele poderá escolher, além do seu domicílio, o domicílio do fornecedor, ou o lugar da celebração, ou da execução do contrato, ou, ainda, outro conectado ao caso (inciso II).

A orientação doutrinária sobre a matéria, como sustentado, é que devido à sua origem e natureza internacional, a Convenção deve ser interpretada de maneira independente da legislação ordinária nacional para que sua aplicação seja a mais uniforme possível. Caso contrário, dando-se interpretações internas diversas à CISG, incorrerá na sua aplicação apenas conforme o caso concreto, o que significaria um retrocesso do Brasil no âmbito do comércio internacional, além da insegurança jurídica provocada.

CONCLUSÃO

O comércio eletrônico tem sido amplamente utilizado no âmbito

internacional, sobretudo em razão da globalização, haja vista que a rede mundial de computadores elimina as barreiras no que tange ao espaço geográfico, ao tempo e à própria linguagem de comunicação. Verifica-se que a tendência é de uma intervenção estatal mínima e uma harmonização das regras aplicáveis nesta área, de forma que as regras internacionais devam prevalecer diante das demais leis nacionais.

Com a propagação de empresas no ramo da informática e o avanço tecnológico das redes de comunicação permitiu-se ao *e-commerce* uma notoriedade mundial. Nos dias atuais, é possível o acesso democrático da população às várias ferramentas eletrônicas, contribuindo para que o *e-commerce* represente, hoje, uma significativa parte da economia mundial. Contudo, esse fenômeno gera eventuais conflitos entre as leis internas dos países cujos contratantes estão domiciliados ou são residentes.

A intenção de elaborar regras unificadas ou uniformes para a compra e venda internacional surgiu a partir da necessidade de diminuir o risco e os custos causados pela insegurança jurídica. A *lex mercatoria* ilustra bem isso, pois os agentes econômicos, ao operarem internacionalmente, criam usos e costumes aplicáveis no âmbito internacional – o que também pode ser estendido ao ambiente virtual, na medida em que a internet contribui para a efetivação dessas relações.

O Brasil comungou deste contexto ao aderir a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias firmada em Viena em 1980 (CISG), o que favorece o crescimento de suas negociações externas para todos os principais países atuantes no comércio internacional, propiciando, assim, o fortalecimento de sua economia no cenário mundial.

Entretanto, o alto grau de utilização dos recursos tecnológicos

pela população brasileira, combinado com a fragilidade da informação operada pelas empresas no *e-commerce*, faz com que as normas brasileiras caminhem cada vez mais para uma ampla proteção do consumidor, intervindo também em escala internacional, conforme pretende o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que visa atualizar o atual Código de Defesa do Consumidor com relação ao comércio eletrônico. Isso poderá gerar conflitos com a CISG no momento de sua aplicação, cabendo ao jurista operá-la com cautela de forma a não afastar, equivocadamente, a sua incidência ao caso.

Contudo, a incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro significa um degrau para que o país avance no sentido econômico. Saber discernir o regime jurídico aplicável aos contratos (civil, empresarial, ou de consumo), ou seja, saber promover uma integração jurídica das normas internas e externas é um desafio a ser observado pelos operadores do Direito, a fim de contribuir com a uniformização e com a busca pela transnormatividade, bem como promover maior segurança jurídica para os agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the new lex mercatoria**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 de set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 281, de 2012**.

Atividade Legislativa. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO.

Disponível em: <<http://www.camara-e.net>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CISG BRASIL. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. O impacto da tecnologia na evolução do direito do comércio internacional: do comércio marítimo ao comércio eletrônico. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 187-220.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/news/brochures>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena**: compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 85-116.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

QUEIROZ, Everardo Nóbrega de. O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento da *lex mercatoria*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 79-104.

REGISTRO.BR. Disponível em: <<http://registro.br/dominio/regras.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva,

2015b.

_____. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; LOPES, Alan Moreira. **Direito das novas tecnologias**: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Como citar: TEIXEIRA, Tarcisio; SABO, Isabela Cristina. A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional: implicações no comércio eletrônico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.182-208, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p182. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 15/02/2016

Aprovado em 17/03/2016

**O DESENHO DEMOCRÁTICO
EM TRÍADE: A RELAÇÃO
CONDICIONAL ENTRE CONSCIÊNCIA
DEMOCRÁTICA, *ACCOUNTABILITY* E
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**
THE TRIAD DEMOCRATIC DESIGN:
THE CONDITIONAL RELATIONSHIP
BETWEEN THE DEMOCRATIC
CONSCIENCE, ACCOUNTABILITY AND
THE PARTICIPATORY DEMOCRACY

Pedro Henrique Arcain Riccetto*

Carlos Picchi Neto**

Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do
Amaral***

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: pedroriccetto@gmail.com.

** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: carlos_picchi@hotmail.com.

*** 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.

Como citar: RICCETTO, Pedro Henrique Arcain; PICCHI NETO, Carlos; AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. O desenho democrático em tríade: a relação condicional entre consciência democrática, *accountability* e democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.203-233, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p203. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: Analisa o processo relacional de pressuposição entre o surgimento de uma consciência democrática e posterior construção da *accountability* no contexto

democrático, visando confirmar a relação de pressuposição entre ambos e uma democracia de fato participativa. Para tanto, apresenta breve esboço histórico do desenvolvimento da teoria democrática, desde a Antiguidade até suas atuais conformações num contexto globalizado. Ancorado no método dedutivo, o estudo trará como plano de fundo a análise da *accountability* e a dificuldade em estabelecer seu conceito, limitações e implantação. Traça, ainda, análise do papel da consciência democrática para consecução dos fins estatais, inserido na realidade histórica brasileira. Por fim, permite-se, pelo elo entre a democracia *accountability*, e progressão de uma consciência democrática, maior representatividade popular e consequente dissolução do poder ora concentrado nos governantes.

Palavras-chave: Democracia; *accountability*; controle governamental; consciência democrática.

ABSTRACT: This paper analyzes the relational process of presupposition with the emergence of the democratic consciousness and the subsequent construction of accountability – all in a democratic context. Therefore, this study confirms their common presuppositional relationship and investigates the participatory democracy. Furthermore, this paper presents a short historical overview of the development of the democratic theory, from antiquity to their

current representations in our globalized world. With the use of the deductive method, this study discusses the concept of accountability, the difficulty of defining its limitations, and employing its use. In addition, this research analyzes the role of the democratic conscience in achieving the objectives of the state, taking into account that it is inserted in Brazil's historical reality. Finally, this research presents a link between democracy, accountability and the progression of the democratic conscience; thus, allowing for a more structured representation and dissolution of the concentrated power of the governing leaders.

Keywords: Democracy; accountability; governmental control; democratic conscience.

INTRODUÇÃO

Ao déspota francês Luis XIV se atribui a autoria da célebre frase “*l’État c’est moi*”, ou, em tradução para o português, “o Estado sou eu”. A expressão evidencia a concentração do poder nas mãos do monarca: o modelo absolutista se caracterizava pela total irresponsabilidade política do governante, não submetido aos mecanismos de monitoramento, fiscalização ou controle dos governados, próprios da construção posteriormente denominada de Estado de Direito.

O aprofundamento de discussões sobre os mecanismos de limitação do poder e representatividade se tornou possível somente com o ressurgimento da democracia a partir das revoluções liberais e a propagação da teoria democrática mundo afora, após transcorridos quase mil anos no esquecimento. A maturação dos institutos democráticos e as mais diversas experiências constitucionais no último século deram ensejo não apenas a novas formas de abordagem de tais questões, mas inclusive permitiu o desenvolvimento de instrumentos capazes de assegurar a preponderância dos anseios populares quando colidentes com a atuação dos representantes eleitos.

Somente, porém, com o progresso de uma consciência democrática consegue-se introduzir em nossa linguagem – e realidade - o termo *accountability*, até hoje não incorporado nos dicionários e discursos. Por essa razão, o estudo propõe uma análise restrita de tal significado, e, ao mesmo tempo em que demonstra o forte elo entre democracia, *accountability* e uma obrigatória consciência democrática, evidencia a relação de pressuposição necessária entre os três institutos.

Ancorado no método dedutivo, a pesquisa terá como cenário a

análise crítica da construção do conceito de democracia, buscando para a consecução do objeto proposto a compreensão individualizada dos institutos ora interligados (democracia, *accountability* e consciência democrática), a fim de demonstrar que a concretização de uma democracia participativa deve partir de duas escalas condicionantes obrigatórias: a consciência democrática e os mecanismos de fiscalização, transparência e sanção.

Assim, nos capítulos subsequentes, serão tecidas considerações acerca (i) do desenvolvimento da teoria democrática, alcançando-se o conceito de democracia participativa; (ii) do conceito de *accountability* e as dificuldades de introdução no sistema democrático brasileiro, interrelacionando-se com a noção de representatividade trazida no capítulo anterior; e, por fim, (iii) da relação de pressuposição condicional e ordenada entre uma democracia participativa, possibilitada por instrumentos de *accountability*, somente concretizáveis – e tornados efetivos - em razão de uma consciência democrática.

1 DEMOCRACIA: DA *POLIS* AO MUNDO GLOBALIZADO

Embora de forma efêmera, pode-se cogitar que a democracia tenha surgido mais de uma vez, e em mais de um lugar.e forma não ininterrupta, seus pilares são discutidos, pelos últimos 2.500 anos, sem que se negue a hipótese de que tenha se manifestado espontaneamente, desde que presentes certas condições sociais apropriadas (DAHL, 1998, p. 9)¹.

¹ Robert Dahl defende em sua obra “*On democracy*” que a democracia pode ser independentemente inventada e reinventada sempre que as condições apropriadas se fizerem presentes. Para o autor, algumas condições favoráveis sempre embasaram uma tendência ao desenvolvimento de um governo democrático, e que tais condições provavelmente permitiram a existência de alguma variação democrática em governos tribais anteriormente à história documentada. Seguiriam algumas dessas tribos o que ele vem a chamar de *logic*

O desenvolvimento das relações sociais, a fim de permitir a distribuição do poder entre os indivíduos componentes de um determinado ambiente social, retoma os debates acerca dos pilares da construção democrática. A partir da assertiva posta, passa-se ao estudo do surgimento e edificação de teorias da democracia a nível mundial, buscando-se ingressar na concepção contemporânea de democracia participativa, para, então, falar-se em concretizá-la, na realidade brasileira, por meio de *accountability*, instrumento que pressupõe o amadurecimento de uma consciência democrática, numa evolução cíclica e em espiral.

Registros históricos asseguram a origem grega do termo democracia, como resultado da junção das palavras *demos* (povo) e *kratos* (poder)². Atenas, principal cidade-Estado da Grécia na Antiguidade Clássica, foi vanguardista ao promover a consolidação das bases de um sistema embasado na participação de um considerável número de cidadãos (FERREIRA FILHO, 2001, p. 3)³. A experiência ateniense se mostrou substancial, tendo perdurado por quase dois séculos⁴.

Por nítida influência grega, o governo popular também se estendeu a Roma, todavia com as devidas peculiaridades – adotaram os

ofequality ou, em tradução livre, lógica da equidade, própria de circunstâncias cujo governo democrático é mais tendente a se formar (p. 9-10).

- 2 Embora a expressão seja comumente traduzida como “governo do povo”, Josiah Ober (2007, p. 2 e 5), em estudo direcionado ao significado originário de democracia, ensina que a expressão teve suas raízes enquanto “poder do povo”. Segundo o autor, na modernidade adota-se uma interpretação reducionista ao compreender o termo como sendo uma autoridade para decidir as questões pela regra da maioria, determinada pela votação. A democracia refere-se a capacidade coletiva de fazer as coisas acontecerem na esfera pública; não se trata apenas do “poder do povo”, mas sim de um “empoderamento do povo”. Trata-se, em suma, de um regime em que o povo ganha uma capacidade coletiva de efetuar mudanças na esfera pública.
- 3 Apenas poderia ser considerado cidadão ateniense o homem, filho de pai ateniense e de mãe filha de pai ateniense. A cidadania era determinada pelo sangue. Estavam excluídas as mulheres; aqueles nascidos em Atenas que não conseguissem comprovar filiação de pai ateniense e de mãe filha de pai ateniense (*metecos*); os libertos; os estrangeiros; e os escravos. Dados demonstram que no período áureo, o número de cidadãos atenienses era de aproximadamente 13%.
- 4 Atenas se tornou uma democracia por volta de 509 a.C., coincidente com a implantação das reformas de Clístenes. Com a derrota na guerra do Peloponeso, deixou de ser uma democracia em 404 a.C. Restabelecida no ano seguinte, foi definitivamente abolida em 322 a.C.

romanos forma de governo própria, conciliando *res* (coisa) e *publicus* (público), denominando-a república (DAHL, 1998, p. 13-14)⁵. Assim como os gregos, os romanos não adotaram um sistema representativo baseado em eleições, característica própria do modelo que a doutrina define como “democracia antiga”⁶. Desapareceram, porém, os mecanismos de participação popular com a morte de Julio César, evento histórico que culminou na ascensão do Império Romano.

A democracia antiga não esteve imune a críticas. Dois dos grandes expoentes da filosofia grega apresentam argumentos desfavoráveis à estrutura incipiente: Platão (1994), em “A República”, sugere que a democracia impõe igualitarismo, enquanto não observa as desigualdades próprias de cada indivíduo e permite abuso; Aristóteles (1997), na obra “A Política” inclui o governo democrático entre as formas ilegítimas de governo, por não visar o bem comum, na medida em que permite a demagogia⁷.

De forma objetiva, Robert Dahl expõe o lapso temporal em que a democracia foi esquecida em termos práticos, elucidando que “[...] com a queda da república, o governo popular desapareceu completamente no sul da Europa [...]”, e confirmar que “[...] exceto para os sistemas políticos de pequenas tribos, desapareceu da face da terra por quase mil anos [...]” (DAHL, 1998, p. 14-15)⁸.

5 Não é pacífico na doutrina se os termos “democracia” e “república” são sinônimos. Robert Dahl afirma que sim: o termo “democracia” e “república” possuem o mesmo significado, referindo-se aos seus governos populares, e a divergência de nomenclatura se justifica exclusivamente em razão de suas raízes (uma criada na Grécia e outra em Roma). Aproveita o autor para criticar a distinção feita por James Madison, nos *federalistpapers*, em que a primeira pressuporia uma cidade com um pequeno número de cidadãos, enquanto a segunda o poder se daria por representação, afirmando tratar-se de distinção sem base histórica.

6 O termo “democracia antiga” é utilizado por Ferreira Filho em sua obra “A democracia no limiar do Século XXI”, seguido da “democracia moderna” e “democracia contemporânea”.

7 Ao tratar do tema democracia, Platão teme a demagogia, ou seja, o prevalecimento desse tipo de líder popular que abusa do povo, explorando suas paixões e ignorância, com vistas ao interesse pessoal, o mais repugnante, e partidário, sem levar em conta o interesse comum; Aristóteles, ao seu passo, considera a democracia um governo tirânico, de leis voláteis e menosprezadas.

8 Tradução livre. No original: “With the fall of the republic, popular rule entirely disappeared in southern

Na Itália do século XII, percebe-se o surgimento de conglomerados populacionais similares a pequenas cidades-Estados, em contraposição ao modelo feudal predominante. Nessas concentrações, a população, em especial os pequenos mercadores, banqueiros, soldados, e demais integrantes com condição econômica ascendente, passaram a reivindicar participação nas decisões políticas. Devido ao grande contingente nesta situação e de sua capacidade de auto-organização, algumas cidades concederam à classe os seus anseios. Seus principais expoentes são a república florentina e de Veneza (DAHL, 1998, p. 15-16).

No norte da Europa, retornando-se a meados do sec. X, assembleias deliberativas começam a ser formadas pelos povos vikings livres. Lá se discutia assuntos de relevância pública⁹. Tais reuniões seriam uma conformação embrionária daquilo que veio a ser chamado de parlamento¹⁰, com projeção nacional (Althings). Como consequência, já no sec. XV pode-se notar o estímulo de uma ideia de representatividade, mediante eleições, em contraposição ao método de sorteio próprio da democracia ateniense.

Hazard (1989) dedica obra específica ao estudo da crise de consciência europeia, responsável por questionar os antigos paradigmas tradicionalistas próprios do regime absolutista até então reinante. Dessa reformulação do pensamento europeu, reforçado pelos ideais iluministas, eclodiram as revoluções liberais, dentre as quais se destacam a Revolução Francesa e a Revolução Americana.

Europe. Except for the political systems of small, scattered tribes it vanished from the face of the earth for nearly a thousand years".

9 Nas assembleias (*Ting*), os povos Vikings livres discutiam questões como a aprovação e rejeição de leis, a aprovação ou rejeição da troca de religião, resolviam disputas e até elegiam ou davam sua aprovação ao rei.

10 Com a migração até a Islândia, os Vikings transplantaram as suas práticas políticas em inúmeras localidades, recriando a *Ting*, mas acabaram também criando uma nova espécie de *Ting*, o *Althing*, ou Assembleia Nacional, que remanesceram como fonte da produção legislativa islandesa por mais três séculos, até a invasão norueguesa.

O iluminismo buscou romper a estrutura absolutista valendo-se de alegorias que transcendiam as limitações impostas por um regime fechado e culturalmente solidificado: teve seus principais fundamentos retirados da análise do homem em estado de natureza, embasados no direito natural, e na ideia de pacto social.

A noção moderna de democracia não se constrói sem elementos próprios do pensamento dos contratualistas Jean Jacques Rousseau e Barão de Montesquieu, expostos nas obras “Contrato social” e “O espírito das leis”, respectivamente. Para o primeiro, o homem se associa para sujeitar-se a vontade geral, mas sem abrir mão da sua vontade, porque também compõe fração do poder que regerá a sociedade (ROUSSEAU, 1975, p. 30). Assim, retira-se que somente o poder democrático poderia ser legítimo, uma vez que permite a todos os indivíduos deliberarem sobre a lei - expressão última da vontade geral (FERREIRA FILHO, 2001, p. 12). Porém, não admitia que a vontade geral decorresse senão da deliberação direta de todos os cidadãos; não aceitava a ideia de que a vontade geral fosse representada, pois ela consiste essencialmente na vontade, e “[...] a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo [...]” (ROUSSEAU, 1975, p. 96).

Montesquieu integra à democracia moderna o sistema de representação por governantes escolhidos pelo povo, ora negado por Rousseau. Também parte da assertiva de que todo homem livre é capaz e deve governar a si mesmo, o que lhe deveria conceder a faculdade de criar as leis. Mas, e reforça-se aqui a principal adição do autor, seria impossível instrumentalizar tal modelo de poder nos grandes Estados e, nos pequenos, não seria conveniente. Dado o empecilho, cabe aos representantes fazerem as vezes do povo naquilo que não lhe é possível

fazer diretamente (MONTESQUIEU, 1979, p. 150)¹¹.

Assimilando conceitos de ambas as obras (vontade geral e representação), James Madison (1984), em “O federalista”, divulga o que se veio a chamar de governo representativo, ou, mais precisamente, república, numa retomada do termo romano. Difunde a igualdade política entre todos os cidadãos adultos e o desejo de delimitação do poder, observando um compromisso entre o poder das maiorias e das minorias – discurso que incentivou a ratificação do texto constitucional norte-americano. O inglês John Stuart Mill (1984) vem reforçar a democracia representativa como meio mais viável de se promover a integração entre a população e a fração do poder soberano que possui cada indivíduo.

Estabilizado o cenário político com a cessação do movimento revolucionário, a democracia liberal encontrou espaço para se solidificar e iniciar um processo de difusão. Fernanda Dias Menezes de Almeida (2011, p. 222) define como vigas mestras desse modelo “[...] os valores liberdade e igualdade, aquela no viés de autonomia do comportamento individual, esta no viés de igualdade perante a lei ou isonomia com a supressão de privilégios e abertura de iguais oportunidades para todos”.

Sem negar a sensível ampliação da participação popular no sistema político democrático em face do regime absolutista, a doutrina passa a perceber que as garantias formais trazidas não são suficientes à igualdade prática, na sua essência, próprias da democracia idealmente almejada. Percebe-se, nesse sistema, que:

As preocupações da democracia liberal resumem-se à salvaguarda de direitos civis e políticos. E mesmo

11 Para Montesquieu (1979, p. 32-33), os homens em geral não possuem suficiente capacidade de bem apreciar o mérito das questões por meio do debate, avaliando consequências e considerando oportunidades de solução. Para o filósofo, apenas alguns homens possuem tal capacidade e estes, como representantes dos outros, deveriam elaborar a lei.

estes se restringem em favor das camadas mais fortes economicamente da população. Portanto, é uma democracia de baixo índice participativa. Nela, assim como foi típico do Estado liberal, não se garante a *todos* o gozo de *direitos fundamentais*, nem mesmo os de liberdade e igualdade perante a lei (GOMES, 2008, p. 236) (grifos do autor).

Deve-se ter em mente que, neste paradigma, a participação do cidadão é deveras limitada: não somente por razões de ordem institucional, mas também de natureza cognitiva (na medida em que os indivíduos não possuem consciência do seu potencial participativo, diminuto diante da própria blindagem institucional). As limitações se verificam, v.g., pelo direito de voto, que recebe conotação diferente daquela inicialmente elaborada¹², ficando restrito aos detentores de riqueza, sem oportunizar a devida inclusão dos indivíduos outrora excluídos do processo deliberativo¹³. Acresce-se o caráter exclusivamente indireto da democracia nesse momento histórico, sem que seja oportunizada a participação direta do povo no poder por nenhum outro instrumento além do voto¹⁴.

No intuito de aperfeiçoar o caráter democrático, a Constituição francesa de 1792 passa a prever o *referendum*¹⁵, *mecanismo de participação direta da população, restabelecendo ao povo parcela do poder decisional*.

12 O voto, em grande maioria, não era investido de interesses político-sociais. A história denuncia que o voto era um ato de obediência forçada pelos chefes políticos, seja pela coação, seja pela manifesta barganha de produtos ou interesses, transformando-se em uma mera mercadoria, pouco contribuindo para a efetiva participação (livre) na vida política do país (GOMES, 2008, p. 239).

13 O exemplo brasileiro é nítido. A Constituição de 1824 estabeleceu, em uma sociedade com índice de analfabetismo em torno de 85%, eleições indiretas, nas quais os eleitores eram pessoas com renda superior a 200 mil-réis. Até a Constituição de 1917, os analfabetos, militares em serviço e mendigos não eram eleitores (GOMES, 2008, p. 238).

14 Para análise mais aprofundada sobre a temática da democracia e exclusão, vide a obra de Karl Marx, “A questão judaica”.

15 Adota-se a terminologia *referendum* porque a utilização do termo “referendo” poderia ser erroneamente lido como pleito eleitoral.

Na experiência brasileira, o plebiscito é previsto constitucionalmente desde 1937¹⁶ e remanesce até os dias atuais (BEÇAK, 2014, p. 34-35). Embora tenha havido a ampliação da participação popular, não é possível afirmar que os instrumentos disponibilizados tornaram realmente efetiva a participação popular no processo governamental – havendo relatos inclusive de sua utilização em regimes autoritários como mecanismos de manipulação do consentimento popular -, motivo pelo qual alguns mencionarem tal regime híbrido como democracia semi-direta (FERREIRA FILHO, 2001, p. 23).

Querendo-se avançar a novos patamares de integração popular no processo de decisão política, cunhou-se de democracia participativa um novo modelo, que difere do anterior ao acrescentar a possibilidade do indivíduo de expor seus interesses, ser ouvido pelos órgãos competentes e influenciar a tomada de decisão pelo poder público (FERREIRA FILHO, 2001, p. 34). Sobre a necessidade de agregação dessas novas características:

A democracia é incompatível com a imposição e com a dominação. Só pode ser construída por meio do *diálogo*. E o diálogo que exige a capacidade de ‘ouvir o outro’. [...] Isso (o exercício direto e indireto do poder) pressupõe, no mínimo, que o Povo tenha consciência do poder de que é titular. E mais: que conheça a Constituição pelo menos naquilo que ela tem de essência: os princípios, direitos, deveres e garantias fundamentais (GOMES, 2008, p. 240-241) (grifo do autor).

16 A Constituição brasileira de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas com o objetivo de não ser retirado da presidência. O instituto do plebiscito previsto naquela Constituição não foi levado à prática e nela se conseguia ver uma concentração dos poderes Legislativo e Executivo nas mãos do presidente, além de outras previsões com viés autoritário. Além disso, o plebiscito só vinha a referendar um ato prévio do Estado.

Daí se inferir que não diz respeito, obrigatoriamente, aos instrumentos formais de consulta, o que se permite considerar que a mera previsão constitucional do plebiscito, *referendum* e da iniciativa popular não é suficiente à afirmação de que está consolidada uma democracia participativa em determinado Estado. Robert Dahl (1998, p. 37-38) destaca, ao tentar responder à pergunta “o que é democracia?” (“*what’s democracy?*”, no original), critérios essenciais a um processo político para que ele seja democrático, que devem ser levados em consideração: (i) participação efetiva do povo; (ii) igualdade do valor do voto e efetiva oportunidade de votar; (iii) entendimento esclarecido da população; (iv) controle da agenda; e, por fim, (v) a inclusão de adultos, todos ou o máximo possível.

No Estado contemporâneo, superando-se o paradigma anterior, o cidadão passa a ter como clara a ideia de que o povo não se governa de fato, por ser inábil ao exercício global das funções ligadas à governabilidade. Retoma-se, pois, a ideia de vontade não representativa de Rousseau, que, em último grau, significa que “[...] o fato de o povo escolher quem governa não significa que ele se governe” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 24) – e talvez aqui se encontre o atual estímulo em se estudar a democracia participativa.

Abre-se espaço, já no final do último século, como fruto de projetos que buscaram dar maior robustez à participação popular direta no espaço decisório público, para a “[...] contemplação de espaço de auto-organização e/ou gestão a parcelas comunitárias e/ou coletivas para, em paralelo ou previamente aos órgãos de representação tradicionais, exercerem o seu papel deliberativo” (BEÇAK, 2014, p. 43).

Fica evidente assim que, a fim de viabilizar o atingimento de um novo patamar democrático, cabe ao governo atender ao interesse do povo,

ou seja, por ele é direcionado e por ele controlado. Isso sugere que deve o povo ser convocado a decidir questões públicas que causam interferência direta em seu espectro social, em âmbito local, regional ou nacional, desde que à altura de sua capacidade de compreensão e apreciação do problema, formando-se embrionariamente a ligação - objeto do estudo nas próximas seções - entre o emergir de uma consciência democrática, *accountability* e a consolidação da participação democrática.

2 ACCOUNTABILITY: DA AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO À TENTATIVA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO

Sujeitar governantes à responsabilidade por seus atos ou omissões praticados no exercício da função pública relaciona-se intimamente à construção de mecanismos institucionais que permitam o controle, fiscalização e sanção por parte do real detentor do poder: o povo. Tal relação propicia a consolidação de um regime democrático efetivamente participativo, mediante processos de *accountability* (controle, fiscalização e sanção), cujo conceito e limites são pouco debatidos em âmbito nacional.

Encontra-se como primeira grande dificuldade enfrentada ao se estudar *accountability* a ausência de uma tradução específica para o vernáculo. Há quem defenda também que à palavra não falte somente uma tradução, mas um significado ou conceito no idioma nacional. Outros se limitam a destacar a falta de consenso que circunda o termo, tanto no que diz respeito ao seu significado, quanto às suas limitações.

A despeito das inúmeras incertezas apontadas, não se discute que o conceito trabalhado tem relação íntima com a fiscalização de agentes

públicos. Numa definição inicial, *accountability* compreende os processos de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos, em que um detentor do poder tem o dever de prestar contas de suas ações aos administrados a fim de evitar abuso ou falha de representatividade (FIGUEIREDO, 2009, p. 286).

Ainda assim remanesce a dúvida acerca de quais os mecanismos de fiscalização do governo seriam abarcados pelo termo *accountability*. Parcela da doutrina que discute o tema defende o enquadramento no conceito apenas dos instrumentos de controle de natureza formal e institucionalizados. Portanto, seria conceito mais restrito, não compreendendo como agentes de *accountability*, por exemplo, as organizações da sociedade civil ou a imprensa (O'DONNELL, 1999).

Com posicionamento temperado, alguns, como Dunn, Keoane e Ronald Oakerson, se posicionam no sentido de que não seria o termo restrito aos meios formais e institucionalizados, mas que as relações de controle devem, obrigatoriamente, ser dotadas de capacidade de aplicar sanção aos agentes públicos (CENEVIVA, 2006, p. 2). Logo, não implicaria apenas um alinhamento do governante aos anseios populares, mas também a faculdade de o agente de controle (*accountholder*) exigir justificção do poder público e, quando necessário, aplicar sanções, não restritas àquelas previstas em lei, obrigatoriamente.

E uma terceira corrente adota conceito amplo de *accountability*, admitindo como integrante do significado toda e qualquer relação ou atividade de fiscalização sobre os agentes públicos e organizações estatais por interessados em assegurar um patamar desejado de desempenho da máquina pública, abrangendo inclusive aquelas não intencionais. Referido posicionamento recebe inúmeras críticas, notadamente quanto à análise de condutas também involuntárias e que não comportem em

qualquer tipo de sanção, mesmo indireta (CENEVIVA, 2006, p. 3).

A expressão *accountability* deriva do latim, resultado do composto “*ad*” e “*computare*”, que significa “contar para”, “dar satisfação a” ou “prestar contas” (HEIDEMANN, 2009, p. 303). Mas não se pode, por tal razão, querer limitar o termo no contexto aqui aplicado, à mera prestação de contas, o que se reforça pelas próprias críticas apresentadas à última corrente doutrinária. Scheler (2009, p. 14) defende que a expressão ficou tão em voga nos últimos anos porque demonstra uma preocupação ininterrupta com a vigilância em relação ao uso do poder e, por consequência, às restrições institucionais sobre o seu exercício.

Extrai-se assim, inclusive, a ligação íntima entre *accountability* e democracia. Nas palavras de Rocha (2012, p. 6), “[...] grande parte dos regimes democráticos constituiu-se no esforço contínuo de tornar os governos mais *accountables* frente à sociedade [...]”, ou seja, constituiu-se na “[...] construção de mecanismos institucionais mediante os quais os governantes se vejam compelidos a responder permanentemente por seus atos ou omissões perante os governados, o que, em última análise, significa torná-los mais transparentes e responsivos”.

O processo de *accountability* é implementado mediante a interação entre os detentores do poder (*accountholders*) e aqueles que o exercem (*accountees*). De forma geral, vislumbra-se uma estrutura tridimensional na qual se relacionam três elementos: padrões, informação e sanção.

Esses elementos constituem um ciclo que, quando bem-sucedido, confere efetividade ao mecanismo de controle. O primeiro estágio corresponde ao estabelecimento de padrões, tais como normas, regras, procedimentos, diretrizes, que devem ser observados e respeitados

por aqueles que estão à frente do poder (FIGUEIREDO, 2014, p. 287).

Na segunda etapa, os detentores do poder obtêm informações sobre a execução dos padrões determinados. Nesse sentido, os que exercem o poder devem fornecer explicações sobre a realização ou não dos padrões e justificar o porquê de eventual descumprimento (FIGUEIREDO, 2014, p. 287). Por último, sob o amparo dos padrões estabelecidos e fundado nas informações prestadas, os detentores do poder deliberam a respeito de aplicar, ou não, uma correspondente sanção ao governante. O intento de aplicar a sanção é conceder efetividade aos padrões considerados essenciais, sendo avaliado, assim, como o elemento que confere forma à *accountability* (FIGUEIREDO, 2014, p. 288).

Em que pese sua pertinência, esse último elemento – que enseja a ideia de responsabilização através da possibilidade do agente imputar sanção - não está imune a tratamentos divergentes pela doutrina.

Para O'Donnell (1999), é possível que o procedimento de *accountability* seja mantido através da capacidade de serem demandadas justificações ou prestações de conta dos agentes público por seus atos ou omissões, ou seja, limita o mecanismo controle ao segundo elemento, desprezando a essencialidade de submissão à sanção.

Contudo, significativa é a parcela dos que defendem que a *accountability* não se limita a prestar informações, indicando a necessidade de alguma forma de sanção, ainda que de forma indireta¹⁷. Os mecanismos indiretos são considerados aqueles instrumentos que, não

17 Ricardo Ceneviva (2006, p. 13) elucida: “[...] embora muitos mecanismos e agentes de controle social, tais como organizações da sociedade civil, associações de cidadãos e usuários de serviços públicos e a mídia, não disponham de capacidade institucional de imputar sanções diretamente a políticos, [...] nem por isso deixam de representar mecanismos efetivos de controle. Essa incapacidade formal de sanção direta não implica na ausência da possibilidade de sanção. Esses mecanismos de controle social apóiam-se, primeiramente, na capacidade de imputar sanções simbólicas; secundariamente, no seu poder de acionar mecanismos institucionais de controle – como o Ministério Público ou outras formas de controle judicial – como agentes de sanção”.

dispondo da capacidade de sanção direta aos agentes públicos, podem acionar algum mecanismo que dê azo à punição (CENEVIVA, 2006; ROCHA, 2012).

Em síntese, compilando os elementos apresentados de maneira linear, para haver o verdadeiro controle do governo e, portanto, *accountability*, necessário observar-se determinados padrões, um meio que permita a informação sobre o cumprimento das regras e, por fim, a faculdade de punir aquele que venha a, injustificadamente, descumprir com o padrão estipulado.

A obediência aos padrões de controle enunciados são meios eficazes para que se estabilize a democracia participativa. E a participação popular – cerne do estudo - não se exonera do poder-dever de fiscalizar os atos e omissões da administração pública, assim como a própria máquina pública deve criar instrumentos que possibilitem o controle interno e orgânico.

Ingressando-se na tipologia do *accountability*, essencial apresentar a distinção entre o *accountability* vertical e horizontal, originariamente proposta por O'Donnell (1999). A primeira diz respeito às atividades fiscalizatórias exercidas pelos cidadãos e pela sociedade civil, ou seja, a sociedade exerce seu poder por mecanismos de pressão política. Estabelecem-se formas de controle ascendente sobre governantes e demais agentes públicos, compreendendo, dentre outras, o processo eleitoral¹⁸; plebiscito, *referendum* e consultas públicas; e ações da sociedade civil e da mídia (a depender da corrente adotada) que visem expor violações e delitos praticados pelo poder público. Por sua vez, *accountability* horizontal se refere ao mútuo controle entre poderes

18 Nadia Urbinati (2013, p. 103) afirma que a ausência de mecanismos de controle, ainda que indiretos, sobre questões públicas e políticas, mesmo aquelas aventadas em campanhas eleitorais, enfraquece a relevância do poder de *accountability* dos eleitores enquanto mecanismo de pressão e fiscalização política.

(*checks and balances*), e pela atuação de outras entidades governamentais que possuem fim específico de monitorar e fiscalizar o poder público e outros órgãos estatais. Em síntese:

[...] *accountability* vertical é exercida pelos atores sociais em relação aos atores estatais, enquanto a *accountability* horizontal é exercida no interior do próprio Estado pelas diversas agências estatais. Portanto, a *accountability* vertical é produto da ação política do cidadão e da sociedade, enquanto a *accountability* horizontal é produto de agências internas ao Estado (O'DONNELL, 1999, p. 40)¹⁹.

A experiência comparada revela que a *accountability* ganhou notoriedade na história política dos Estados Unidos da América. De acordo com Arlindo Carvalho Rocha (2012, p. 6), o termo teria sido utilizado pela primeira vez nesse país por Samuel Willians, em 1794.

Relevante uma breve compreensão do significado que *accountability* adquire em seu país de origem, uma vez que os aspectos culturais e políticos são realçados para servirem de contraste com a realidade da administração pública brasileira.

Não se pode olvidar que o exercício da *accountability* decorre

¹⁹ Embora amplamente difundida, a classificação adotada por O'Donnell não se manteve imune às críticas doutrinárias. Isso porque houve quem denunciasse a existência de hierarquia (relação principal-agente) em relações por ele denominadas horizontais, supostamente simétricas, o que desvirtuaria a *ratio* da categorização. Por tal razão, passou-se a adotar também a divisão, paralelamente àquela, entre *accountability* intraestatal e *accountability* eleitoral, nos termos propostos por Mainwaring e Abrucio e Loureiro (CENEVIVA, 2006, p. 6). Sobre a primeira modalidade, Rocha (2012, p. 9) explica que ela é usualmente dividida em três tipos. O primeiro reflete relações do tipo “principal-agente”, nas quais um superior hierárquico (principal) designa um subordinado (agente) para cumprir uma determinada tarefa; o segundo tipo é constituído pelo sistema legal, que estatui freios e limites à atuação dos agentes públicos, e está a cargo, fundamentalmente, do Poder Judiciário; por fim, o terceiro tipo, constituído pelos órgãos e entidades com a função específica de fiscalizar e controlar autoridades e organizações públicas, a exemplo dos sistemas de controle interno e dos tribunais de contas no caso brasileiro. Por seu turno, tem-se por *accountability* eleitoral a capacidade de eleitores punirem ou recompensarem os políticos no momento eleitoral, ao colocar em risco uma chance de reeleição. Ao contrário da horizontal, confunde-se integralmente com a ideia de *accountability* eleitoral e vertical.

da qualidade da relação entre o governo e o cidadão. Por esse motivo, a diferença no elo entre desenvolvimento político e cidadania organizada explica o porquê dos norte-americanos se preocuparem significativamente com *accountability* e os brasileiros ainda negligenciarem o conceito (CAMPOS, 1990)²⁰.

Anna Maria Campos (1990, p. 6-7) afirma que o norte-americano possui um papel amadurecido dentro da sociedade, exige os seus direitos e tem a sua opinião ouvida e o debate conduzido através de organizações sociais bem definidas que provocam os órgãos públicos para solucionarem as demandas. Este é, segundo a autora, um fator que contribui para o fortalecimento da participação popular, a consciência dos seus direitos e o conseqüente interesse nas questões públicas. Assim, a democracia americana não limitaria a participação do cidadão apenas ao processo eleitoral de escolha dos governantes. Por acreditarem que “[...] o fortalecimento da *accountability* e o aperfeiçoamento das práticas administrativas andam juntos [...]” (CAMPOS, 1990, p. 1), é natural, por uma inferência lógica, que nos Estados Unidos exista uma cultura na qual a sociedade se preocupe com a *accountability*.

Desse modo, parece acertado subsumir que somente por meio de cidadãos conscientes dos seus direitos e do seu lugar na sociedade é que se poderá fiscalizar os governantes e discernir se agem de acordo com os seus interesses e, eventualmente, sancioná-los, ou seja, somente assim haverá terreno fértil para a *accountability* (PRZEWORSKI, 1999), ainda que, no caso, fazendo-se referência ao cenário brasileiro.

3 CONSCIÊNCIA DEMOCRÁTICA, *ACCOUNTABILITY* E

²⁰ Anna Maria Campos (1990, p.17) conclui que “[...] quanto menos amadurecida a sociedade, menos provável que se preocupe com a *accountability* do serviço público. Portanto, não surpreende que, nos países menos desenvolvidos, não haja tal preocupação. Nem mesmo sente-se falta de palavra que traduza *accountability*”.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA DEMOCRÁTICA A UM GOVERNO EFETIVAMENTE REPRESENTATIVO

Diante das assertivas e fundamentos alhures enunciados, chegue-se, como visto, à imagem adotada, qual seja, uma progressão cíclica e em espiral²¹, envolvendo, em relação de pressuposição, o amadurecimento de uma consciência democrática; a implementação de *accountability*; e a consolidação da democracia participativa.

Adota-se a terminologia “em espiral” por razão específica: entende-se que não há um movimento puramente circular, uma vez que, após transcorridos os elementos daquele ciclo, não se retorna ao estágio anteriormente encontrado no ciclo imediatamente anterior, mas representa, a partir do início do próximo turno, uma constante evolução, que se dá pela passagem contínua, ordenada e gradual, pelos elementos do círculo. Ou seja, adaptando-se aos elementos introduzidos no estudo, indivíduos conscientes de seu papel democrático tendem a viabilizar e aprimorar os instrumentos de *accountability*, que, se bem utilizados, permitem a dissolução do poder concentrado nos governantes, chegando aos cidadãos, seus reais detentores, em um movimento gradual de lapidação; o que, em última análise, propicia concretude à democracia participativa.

Na concepção de Anna Maria Campos (1990, p. 4), “[...] quanto mais avançado o estágio democrático, maior o interesse pela *accountability*. E a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço de valores democráticos (consciência democrática)”.

21 Referida imagem é retirada da representação trazida por Hans-Georg Gadamer, na obra “Verdade e Método”, ao dispor sobre o círculo hermenêutico.

Diante do visualizado no cenário brasileiro, deve-se observar que a sociedade instalada é dotada de algumas características que lhe concedem peculiaridade: (i) centralização política; (ii) centralização administrativa; (iii) inacessibilidade da participação na política pública. Quanto à contextualização, destaca-se: (i) o baixo nível de organização civil; (ii) a debilidade das instituições; (iii) o baixo nível de expectativa quanto à atuação do governo; e, (iv) o baixo nível de participação do povo como objeto da política pública (CAMPOS, 1990, p. 11 e 13).

Por parte dos governantes e da administração pública, constata-se: (i) falta de transparência; (ii) baixo nível de preocupação com o desempenho; (iii) morosidade e formalismo excessivo; (iv) imunidade a controles externos; e, (v) desrespeito pelo cumprimento de regras (CAMPOS, 1990, p. 13).

A totalidade dos aspectos apontados leva à constatação de que a administração pública tem sido deficitária ao inibir potenciais abusos e desrespeitos com o cidadão. O Brasil estampa em sua história os motivos para a democracia ainda não estar amadurecida no seio da sociedade, sendo essa, também, uma das causas justificadoras da ausência de *accountability*.

Em uma breve retrospectiva, a Constituição de 1824 estabeleceu, em uma sociedade com altos índices de analfabetismo, eleições indiretas e voto censitário. O voto feminino e o sufrágio universal somente foram introduzidos por Getúlio Vargas através do Decreto n. 21.076 de 1932. Após quase 20 anos de ditadura, a PEC n. 5/83 que propunha eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República foi rejeitada em 25.04.1984. De tal forma, as condições para uma democracia participativa somente foram consolidadas com o advento da Constituição de 1988, com a introdução de dispositivos que, ao menos formalmente, garantem

maior participação popular na discussão política²².

Por um longo período, os brasileiros deixaram de participar das decisões políticas que lhes afetaram a vida. Isso implica em uma falta de estabilização da cultura democrática, em que a sociedade, por ter historicamente enfrentado diversos períodos de interferência autoritária, ainda não exerce satisfatoriamente seu potencial participativo dentro de um período recente de reabertura democrática.

Ademais, as dificuldades de acesso à consciência política também são fruto de fatores de ordem econômica. Há uma lógica consequencial entre o progresso econômico e político do Estado. Assim, os indivíduos dotados de capacidade financeira detêm maior representatividade no poder; por outro lado, os economicamente marginalizados, encontram dificuldade para atingir um grau minimamente satisfatório de representação e participação política, em todos os âmbitos (DEMOA, 1993).

A situação descrita permite a compreensão de que pobreza política e econômica reciprocamente se explicam e se reforçam, e que ambas convergem para a opressão do Estado sobre a sociedade, a qual deveria justificar-se e servir (DEMOA, 1993). E tal conduta estatal abre margem para o desvirtuamento do governo que passa a ser popularista, ou em última análise, antidemocrático, que,

[...] em suas duas manifestações (de paternalismo ou da defesa da justiça), envolve manipulação e autoritarismo inconsciente. Enquanto o populacho for mantido passivo, imaturo e não-organizado, o esclarecimento vanguardista do líder populista está justificado. Esse tipo de liderança é legitimado

²² A título de exemplo, indica-se a leitura do art. 1º, inc. V; art. 1º, parágrafo único; Título II (destacando-se o art. 14); art. 58, § 2º, inc. II; art. 61, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

pelo baixo nível de educação e de capacidade de organização das massas (CHAUI, 1993, p. 61).

A consciência democrática constitui um fator essencial para o desenvolvimento da convivência democrática. A sociedade, valorizada como interesse maior do Estado, necessita compreender os princípios e regras que regulam a relação com os governantes, e ter claro o papel que desempenha em uma democracia participativa.

Sérgio Alves Gomes chama a atenção para a formação de um sujeito democrático através de um processo educacional contínuo, justificando que “[...] somente tal consciência possibilitará a configuração do sujeito democrático, capaz de adotar um modo de ser e de viver democráticos” (GOMES, 2008, p. 249), e que, sem esse sujeito democrático, “[...] a democracia não passará de um vazio discurso incapaz de concretizar-se na realidade social” (GOMES, 2008, p. 249).

A passagem de um país subdesenvolvido para um país autônomo e democrático não surge repentinamente, mas decorre de um processo educacional – de conscientização democrática - que só é possível mediante investimento, o qual, por sua vez, ocorre quando o governante é comprometido com a democracia e considera a educação como prioridade (GOMES, 2008, p. 245-252).

Retomando-se a união do componente econômico ao político, Streck (2008, p. 112) acentua haver:

[...] uma espécie de círculo vicioso: não se pode conseguir mais participação democrática sem haver uma prévia mudança da desigualdade social e sua consciência, mas também não se consegue mudar ambas as condições sem um aumento anterior da participação democrática.

Assim, a condição-base para o exercício de uma democracia participativa, e, em decorrência, a *accountability*, seria a evolução da consciência popular e a diminuição da desigualdade social. O efetivo controle democrático – *accountability* – só se faz possível por meio da fiscalização dos atos governamentais, nas três esferas de poder, pelos cidadãos, permitido pela introdução gradual de uma consciência democrática.

O papel democrático não pode restringir os mecanismos de contenção ao processo eleitoral, que é sazonal, e sim assegurar uma atuação cidadã ativa e comprometida, ou seja:

[...] a falta de base popular faz da democracia brasileira uma democracia formal, cujo traço distintivo é a aceitação passiva do domínio do Estado. Comumente aceita-se como natural que alguns “direitos” constitucionais sejam negados aos cidadãos (por exemplo, educação básica gratuita para todos [...]) (CAMPOS, 1990, p. 7).

Sem maiores consequências no âmbito político, ou seja, a falta de uma cidadania organizada torna o governo insensível, em certa medida, aos reclames do público.

Impõe ressaltar que a *accountability* deve surgir, no Brasil, como produto de um descontentamento coletivo, e instrumento hábil a concretizar os princípios democráticos. Para ganhar significado, o processo de conscientização popular deve ser levado a sério, passando-se a ser compreendido como um fenômeno cultural próprio da sua experiência democrática, que possa ser vivenciado no dia-a-dia do brasileiro.

O fomento à participação popular no controle e fiscalização dos governantes aos poucos passa a ser percebido nos aspectos normativo e social: a título de exemplo, faz-se menção ao advento da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65); à Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); à previsão de orçamento participativo; entre outros. Ainda, as organizações das chamadas “assembleias populares horizontais” durante as manifestações de junho de 2013, a crescente advocacia popular no Brasil, e a participação ativa dos cidadãos em denúncias ao Ministério Público acerca do aumento das passagens dos transportes públicos devem ser pontuadas.

Em síntese, o amadurecimento político-econômico da sociedade é pressuposto para que a *accountability* seja introduzida na cultura brasileira e receba significado em português, o que, repisa-se, ainda não aconteceu. Somente a partir da conscientização dos cidadãos, organizados, e de uma cultura democrática efetiva, de respeito dos governantes com o povo, poder-se-á falar em *accountability*, e, então, robustecer a democracia participativa.

CONCLUSÃO

Permite-se, pelo elo condicional contínuo entre consciência democrática, *accountability* e democracia, a dissolução do poder concentrado nos governantes, garantindo-se, assim, representatividade mais condizente aos preceitos constitucionalmente estipulados. A progressão de uma consciência democrática dá azo à criação e aperfeiçoamento de dispositivos que, se bem utilizados, tendem a servir como meios de pressão política: permitem a estipulação de

regras, transparência, fiscalização e sanção, ou, em uma única palavra, *accountability*. E a efetiva integração dessas ações à vida política, alicerçam por conseguinte, a participação popular nas decisões públicas e o acesso à agenda estatal; trata-se, portanto, de movimento de pressuposição, circular e de natureza progressiva ou gradual.

A democracia participativa é fruto de um aperfeiçoamento histórico da sociedade e das instituições estatais que elevaram a integração popular a novos patamares. O exercício de participação no processo decisional, todavia, pressupõe que o povo tenha consciência do poder que titulariza e se encontre inserido em um processo informativo; caso contrário, prejudica a fiscalização ou, ao menos, a debilita.

Accountability (vertical) não implica apenas um alinhamento do governante com os anseios populares, mas também a faculdade do governado de exigir justificação do poder público e, quando necessário, aplicar-lhe sanções, o que demonstra uma preocupação de vigilância em relação ao uso do poder. É, pois, mecanismo que fortifica a democracia ao compelir os governantes a responderem por seus atos ou omissões, o que, em última análise, diante da responsabilidade política, significa torná-los mais transparentes.

O contexto democrático brasileiro sofre as consequências de uma sociedade que permaneceu desmobilizada por longo tempo. A história indica que os brasileiros foram segregados da participação na vida política por períodos significativos, realidade que culminou na falta de assentamento de uma consciência participativa que, para consecução dos objetivos do Estado, precisa ser fortificada. Enquanto óbices ao acesso à consciência democrática, acresce-se ao fator político razões de ordem econômica, justificados por uma lógica consequencial de exclusão dos economicamente marginalizados à participação no poder.

Logo, o processo democrático não pode restar restrito à participação formal dos indivíduos que compõem a sociedade no processo decisional político. A democracia participativa e, em decorrência, o Estado Democrático de Direito, exigem uma participação ativa da população, pelo seu papel fiscalizador e de controle da conduta estatal, que se atingirá no momento em que estruturada uma consciência popular de responsabilização política e atribuições dos governantes face ao poder que titulariza o povo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competência na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, FGV, v. 24, n.2, 1990. pp.30-50.

CENEVIVA, Ricardo. **Accountability: novos fatos e novos argumentos – uma visão da literatura recente**. São Paulo, 2006.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Ed. Moderna, 1993.

DAHL, R. **On democracy**. Yale: University Press, 1998.

DEMOA, Pedro. **Pobreza e política**. São Paulo: Konrad Adenauer-

Stiftung, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. A promoção de accountability na Organização Mundial do Comércio: uma análise horizontal e vertical. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2104, p. 279-309.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HAZARD, Paul. **O pensamento europeu do século XVIII**: de Montesquieu a Lessing. Tradução de Carlos Grifo Babo. Lisboa: Presença: 1989.

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora UnB, 2009.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1984.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

O'DONNELL, Guillermo. Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America: a partial conclusion. In: MENDES, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sergio (eds.). **The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 1994.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Democracia, accountability e participação. **VI Encontro Nacional de Pesquisadores de Gestão Social**. São Paulo: 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. 3 ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

URBINATI, Nadia. **Da democracia dos partidos ao plebiscito da Audience**. Lua Nova: São Paulo. 2013.

Como citar: Riccetto, Pedro Henrique Arcain; PICCHI NETO, Carlos; AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. O desenho democrático em tríade: a relação condicional entre consciência democrática, *accountability* e democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.203-233, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p203.

ISSN: 2178-8189.

Submetido em 10/03/2016

Aprovado em 28/06/2016

**HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES
PRIVADOS E PÚBLICOS NA
EMPRESA: O PARADIGMA DA
SUSTENTABILIDADE**

HARMONIZING PRIVATE AND PUBLIC
INTERESTS WITHIN COMPANIES: THE
PARADIGM OF SUSTAINABILITY

Vinicius Figueiredo Chaves*
Leonardo da Silva Sant'Anna**

Como citar: CHAVES, Vinicius Figueiredo; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Harmonização dos interesses privados e públicos na empresa: o paradigma da sustentabilidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.234-265, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p241. ISSN: 2178-8189.

* Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro do Grupo de Pesquisas CNPq: "Empresa e Atividades Econômicas". E-mail: viniciuschaves@gmail.com.

** Doutor em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professor Adjunto e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Grupo de Pesquisas CNPq: "Empresa e Atividades Econômicas". E-mail: lsantanna44@gmail.com.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar histórica e criticamente a empresa, fenômeno econômico-social com projeções no Direito. A partir de pesquisa documental, questiona-se se a sustentabilidade constitui referencial teórico para a reconstrução de algumas premissas sobre os quais ainda se encontra assentada a noção de empresa. Os resultados da pesquisa indicam que, na empresa, reúnem-se múltiplos interesses. Conclui-se que a sustentabilidade, aplicada à empresa, descortina um novo paradigma do direito, fazendo com que esta deva ser entendida

como instrumento de viabilização da promoção de múltiplas aspirações, privadas e públicas, que devem ser harmonizadas.

Palavras-chave: Harmonização; empresa; sustentabilidade; interesses privados; interesses públicos.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze critically and historically the company as a social-economic phenomenon that has projections in Law. With the use of documental research, this study will question whether sustainability constitutes the theoretical basis for the reconstruction of certain premises, which establishes the concept of companies. Nonetheless, results also indicates that multiple interests can converge within companies; thus, sustainability - when applied to them - opens up a new paradigm for law. Finally, this paper theorizes that law should be seen as an instrument that allows for different aspirations, both private and public, to be promoted; however, they have to be harmonized.

Keywords: Harmonization; company; sustainability; private interests; public interests.

INTRODUÇÃO

As transformações políticas, sociais e econômicas vivenciadas nas últimas décadas têm repercutido diretamente em igual processo de amplas modificações no Direito, a partir do qual são reconstruídas muitos de suas premissas. Este impacto tem acarretado transformações nas estruturas dos próprios sistemas de pensamento jurídico e também no seio de institutos tradicionais do direito¹, na perspectiva do reconhecimento de uma maior convergência entre os complexos feixes de interesses que os envolvem. Tais modificações têm em comum a ideia de uma maior aproximação entre as esferas do direito privado e do direito público.

Este processo de transformações se intensificou na quadra final do século XX, com o surgimento e aprofundamento das discussões sobre a sustentabilidade, reconhecida por muitos como novo paradigma do direito². Após ganhar corpo e expressão, esta foi alçada ao patamar de elemento estruturante do Estado constitucional e passou a constituir o pano de fundo de debates que repercutem na compreensão da realidade social, econômica e jurídica. Atualmente, não mais restrita ao aspecto ambiental ou ecológico, a sustentabilidade engloba também outras perspectivas como a econômica e a social, impondo desafios à governança dos atores públicos e privados, dos quais se passou a demandar maiores compromissos socioambientais, com reflexos diretos no debate acerca da questão dos interesses em jogo.

1 Nesta perspectiva, podem ser citadas transformações em institutos como a propriedade e os contratos.

2 Conforme anotam Cruz; Bodnar (2011, p. 78), a expressão paradigma não possui um conceito único, vindo a sofrer influências ideológicas e socioculturais, notadamente no campo das ciências sociais. Para fins do presente trabalho, será adotado o conceito de paradigma formulado pelos próprios autores. Entende-se por paradigma “o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido e que ilumina a produção e aplicação do direito”. Percebe-se que a definição apresentada se aproxima da ideia de referencial teórico.

Diante das constatações acima, muitos poderiam ser os institutos escolhidos como objeto de análises destinadas a enfrentar a discussão sobre as fronteiras entre o privado e o público, sob o referencial teórico da sustentabilidade. Dentre aqueles passíveis de abordagem, do ponto de vista da eventual noção de reconhecimento desta convergência de interesses, um em especial constitui foco central de controvérsias: a empresa³. De um lado, alguns veem-na como instrumento para a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades⁴. Por outro lado, há também a perspectiva de reconhecimento de um papel social da empresa, orientada para a conciliação de interesses privados e públicos⁵.

Neste sentido, o presente trabalho, sem enfrentar o desafio teórico de apresentar um novo conceito de empresa - questão que tem atormentado a doutrina há 150 anos -, põe em discussão a temática dos interesses que gravitam em torno deste fenômeno, frente às novas perspectivas e dimensões da sustentabilidade⁶. Para tanto, formula-se a

3 Não se utilizará a noção de empresa adotada pelo Código Civil de 2002 – atividade econômica organizada -, considerada restrita e inadequada. Entende-se a empresa como instituição social e não como mera expressão de atividade econômica. A questão será aprofundada no item 1 do trabalho.

4 O fundamento intelectual deste ponto de vista é bastante amplo. Sua expressão mais profunda talvez esteja presente no trabalho *The social responsibility of business is to increase its profits* (1970), de Milton Friedman (1912-2006), economista americano e ganhador do Prêmio Nobel em 1976. O autor foi líder e uma das principais influências da chamada escola de Chicago.

5 Para os fins do presente trabalho, considerar-se-ão como privados os interesses individuais, particulares. Os interesses públicos, por sua vez, serão tidos como os interesses da coletividade em geral, os de uma comunidade local determinada, ou mesmo os interesses de grupos específicos relacionados (como, por exemplo, empregados, consumidores etc.). Esta distinção é importante pelo fato de que, especialmente em relação à noção de interesse público, sempre existiram grandes divergências conceituais. Para aprofundamento sobre o tema, interessante consultar as visões utilitaristas (interesse público como soma de interesses individuais dos membros que compõem uma comunidade) e hegelianas (de interesse público como o interesse estatal) sobre o tema.

6 A questão dos interesses em jogo tem constituído objeto de discussão no âmbito mais específico da sociedade anônima, uma das formas de organização societária previstas no ordenamento jurídico brasileiro. O debate tem girado em torno das perspectivas assumidas por contratualistas, institucionalistas e, mais recentemente, também pelos adeptos da chamada teoria do contrato organização. Sobre o tema, interessante consultar o trabalho de SALOMÃO FILHO (2003). Deve-se registrar que a presente investigação não se restringirá ao estudo da sociedade anônima, já que o seu foco recai sobre a empresa em sentido mais amplo. A temática dos interesses não será tratada à luz das teorias contratualistas, institucionalistas e organizacionistas, mas sim diante do referencial da sustentabilidade, igualmente mais amplo.

seguinte situação-problema: diante do paradigma da sustentabilidade, os interesses exclusivos privatistas, derivados unicamente de uma lógica de mercado, podem continuar norteando a ação das empresas, ou esta nova perspectiva implica a necessidade de ampliação de responsabilidades sociais e redefinição de seus papéis e missão na sociedade?

O objetivo geral da investigação é demonstrar que o referencial teórico da sustentabilidade implica na necessidade de redimensionamento dos propósitos da empresa e o seu balizamento pela ideia de harmonização de um complexo feixe de interesses, privados e públicos, decorrentes de aspirações de outras partes envolvidas para além dos titulares do exercício da atividade econômica. A pesquisa se justifica em função do destacado papel que a empresa exerce na sociedade contemporânea e também pela projeção jamais verificada: suas decisões impactam a vida das pessoas e de países inteiros.

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental, por meio de análise de documentos legais, livros e artigos científicos assinados por autores nacionais e internacionais (SEVERINO, 2007). Apresentou-se, inicialmente, a noção de empresa vigente no Código Civil de 2002, a qual restou inspirada no modelo consagrado no Código Civil italiano de 1942. Verificou-se que, tanto nos textos legais quanto na doutrina, brasileira e italiana, tem prevalecido, na captação do significado da empresa, um *modus faciendi* que consiste na transposição de premissas de teorias econômicas da empresa, notadamente as concepções presentes na economia neoclássica e na nova economia institucional. Tal metodologia tem implicado na compreensão da empresa unicamente baseada em noções como atividade/organização/governança/eficiência/custos/transação/agência/contratos, em detrimento de uma das discussões mais relevantes e imprescindíveis na contemporaneidade: a temática dos

interesses que gravitam em torno do fenômeno empresa, frente às novas perspectivas e dimensões da sustentabilidade. Em seguida, abordou-se a evolução acerca da noção de sustentabilidade e o seu impacto na redefinição dos papéis dos atores sociais. Posteriormente, contextualizou-se a empresa no referencial teórico da sustentabilidade, com seus reflexos no reconhecimento de uma ampla gama de interesses, privados e públicos, que gravitam em torno do fenômeno e impõem a redefinição de seu papel e missão. Antes da conclusão, foram abordadas questões que indicam o descortinar de alguns novos caminhos em direção de uma perspectiva ampliada para esse instituto tradicional do direito. Esta visão, embora ainda não predominante, tende a se consolidar paulatinamente, incorporando-se à empresa a ideia de uma maior aproximação entre o privado e o público, já amplamente aceita em relação a outros institutos do Direito⁷.

2 A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A empresa constitui objeto de estudo de diversas ciências e correntes de pensamento. Na economia, sua existência fora assinalada pelos clássicos; no direito, sua origem remonta ao Código Comercial Francês de 1807; dela também teria se ocupado a sociologia (BULGARELLI, 1985)⁸. De fato, essa pluralidade de abordagens contribui para que seja reconhecida como um termo polissêmico, normalmente empregado em

⁷ Mais uma vez, utilizam-se os exemplos da propriedade e dos contratos.

⁸ O mesmo autor (idem, p. 10-78) já apontava para a existência de uma reconhecida dificuldade, mesmo no campo da economia, para a formulação de um conceito unitário de empresa e, portanto, a captação do seu significado “veio sendo feita sempre igualmente pela ideia de ‘organização dos fatores de produção’ ou ‘organização da atividade econômica’, animada pelo empresário que corre os riscos e recebe os lucros”. A posição do autor é compatível com aquele momento histórico, em que ainda não era corrente, especialmente no Brasil, a adoção de pressuposições teóricas da escola de pensamento conhecida como nova economia institucional, no seio da qual se trabalha a ideia de empresa como mecanismo de governança ou, ainda, feixe de contratos.

mais de uma acepção, característica que sempre impôs um desafio ao direito: transpor para o plano jurídico um fenômeno ao qual se emprestam diferentes noções⁹.

No Brasil, com a efetivação da proposta de incorporação de capítulos sobre Títulos de Crédito e Direito de Empresa, o Código Civil de 2002 consagra-se como o núcleo central do direito privado. No que tange especificamente ao Direito de Empresa, o diploma legislativo brasileiro foi inspirado em modelo já empreendido na Itália, a chamada *Teoria da Empresa*, presente no Código Civil Italiano de 1942.

A influência italiana torna os debates teóricos travados naquele contexto especialmente importantes para as discussões no âmbito nacional, em função da adoção de construção legislativa originária daquele País. Berço da teoria, a Itália, antes do advento do Código Civil

⁹ O fenômeno empresa é abordado de maneiras distintas no âmbito de diversas escolas do pensamento econômico. Acertadamente, Cavalli (2014) observa as características da empresa na economia neoclássica (a empresa está associada a uma função de produção) e na nova economia institucional (a empresa é apresentada como um mecanismo de governança, orientado para a redução de custos de transação ou de agência). Na economia neoclássica, destaca-se a teoria da empresa de Alfred Marshall. Coerente com as premissas neoclássicas, em *Principles of Economics* (1890/1920) o autor aborda as empresas do ponto de vista de sua inserção em contextos de mercados. Na condição de participante – ao lado dos consumidores – dos mercados, a empresa é tratada como parte integrante do processo de determinação de preços, onde a alocação de fatores de produção como o capital e o trabalho deveria ocorrer de maneira eficiente. Define-se a publicação do artigo *The nature of the firm* (1937), de Ronald Coase, como o ponto de partida das pressuposições da *Nova Economia Institucional*. O autor, crítico dos argumentos teóricos da economia neoclássica, sugeriu que o mercado não se apresentava como um mecanismo perfeito de formação de preços, e assim começou a dirigir à empresa um enfoque alternativo ao então convencional, descrevendo como objeto central de análise as transações e seus respectivos custos, e não o mercado e os custos de produção. Coase propõe-se a responder três questionamentos principais: i) Por que as firmas existem?; iii) O que caracteriza as firmas?; e iii) O que determina a escala (tamanho) e o escopo das firmas? Sob este olhar, a empresa consiste em mecanismo de redução de custos de transação. Tese particularmente relacionada com as ideias de Coase sobre custos de transação foi desenvolvida por Oliver Eaton Williamson. A abordagem de Williamson (1981) acerca dos custos de transação é voltada para o estudo da organização econômica e tem a transação como unidade básica de análise, a partir da compreensão de que reduzir tais custos é fundamental para o estudo das organizações. O entendimento dos contornos dessa premissa, implica na necessidade de estudo das estruturas de governança. Essa ideia advém da hipótese (WILLIAMSON, 1975) de que o desenvolvimento de aspectos organizacionais de uma empresa traduz esforço com vistas à redução de custos de transação, dimensionados para a determinação de fronteiras eficientes para a firma nos âmbitos externo e interno, ou seja, tanto diante dos mercados em geral quanto no que diz respeito às relações de trabalho. Aliás, neste sentido a empresa é apresentada pelo autor como uma espécie de espaço em que se opera a coordenação dos agentes econômicos, o qual constitui uma alternativa ao papel desempenhado pelo mercado.

de 1942 – ainda sob a inspiração do Código de Comércio de 1882 -, e nos mais de setenta anos de sua vigência, contemplou um amplo debate sobre os elementos constitutivos da empresa, ainda sem alcançar um consenso ou mesmo uma noção mais unívoca sobre os seus contornos¹⁰.

Fiale (1994) aponta a existência, naquele País, de uma tese dominante, defendida por Graziani, Ascarelli e Messineo, entre outros, em torno da ideia de que o Código de 1942 teria revelado explicitamente o conceito de empresário e somente implicitamente o de empresa. Por sua vez, em estudo específico sobre o tema da evolução do conceito de empresa no direito italiano, Paciello (1978) identificou um ponto comum entre os autores que se ocuparam do assunto: a utilização da noção da empresa em sentido econômico.

Assim, a doutrina, tradicionalmente, dividiu-se entre os que consideram a empresa como uma forma particular de atividade, e assim acolhe-se uma noção essencialmente subjetiva, com maior relevância ao sujeito (empresário) que desenvolve a atividade (FERRI, 1980); e os que afiguram a empresa em seu aspecto objetivo, na condição de organismo criado pelo exercício da própria atividade, com maior importância ao fator organização. Em estudos mais recentes, a empresa permanece sendo tratada como fenômeno eminentemente econômico, baseado em leis e princípios da economia. Esta visão fica bastante clara nas impressões de Ferri (1980, p. 36):

Obbiettivamente considerata, l'impresa si presenta come una combinazione, meglio come una organizzazione, di elementi personali e reali operata in funzione di un risultato economico e attuata in

10 Cesare Vivante, Tullio Ascarelli, Lorenzo Mossa, Alberto Asquini, Francesco Messineo, Alfredo Rocco, Giuseppe Ferri, Aldo Fiale, Piero Verrucoli, Vincenzo Buonocore, entre outros, são exemplos de autores que abordaram os elementos constitutivos da empresa.

vista di um intento especulativo da una persona, la quale appunto assume il nome di imprenditore.

Fiale (1994, p. 15):

L'impresa si presenta come un fenomeno econômico, prima ancora che giuridico, trattandosi di un'organizzazione essenzialmente fondata su leggi economiche e su principi tenici: il concetto di imprenditore, pertanto, non costituisce un mero paradigma dalla scienza giuridica, ma risente della elaborazione della scienza dell'economia.

Fiel a esta concepção, o próprio Fiale (idem, p. 15) define a empresa como *“l'attività economica organizzata dall'imprenditore e da lui esercitata professionalmente al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”*. Já Buonocore (2002) destaca a importância central atribuída pelo Código Civil Italiano de 1942 ao elemento organização, atrelado que está ao exercício da atividade econômica. O autor distingue organização e atividade, apontando que aquele é o fator que mais se acentua dentre os elementos constitutivos da empresa.

Percebe-se que, no contexto italiano, a tarefa da doutrina de moldar o significado de empresa, em torno dos seus elementos constitutivos, tem como resultado significados nem sempre coincidentes, uma variedade de noções que normalmente se põem em torno de perspectivas que situam a natureza desse fenômeno ora como atividade, ora como organização, ou mesmo como atividade organizada. Aparentemente, o dado de percepção comum é apenas a influência do dado teórico econômico na formação do conceito jurídico de empresa.

No âmbito brasileiro, pode-se notar, já na exposição de motivos do Código Civil de 2002, que na noção de empresa utilizada reúnem-se

três fatores: i) a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; ii) o escopo de lucro ou o resultado econômico; e iii) a organização ou estrutura estável dessa atividade. Tem-se uma referência à posição anunciada como então (deve-se esclarecer que o projeto do Código data de 1975) dominante na doutrina, no sentido de considerar a empresa como unidade econômica de produção, ou a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços¹¹.

Passando à averiguação do texto legal, mais precisamente dos artigos 966 e 1142, verifica-se também que, tal como no direito italiano, restou revelado explicitamente o conceito de empresário e somente implicitamente o de empresa, fato que contribui para a existência de “divergência quanto ao que se deve, verdadeiramente, entender por empresa” (LOBO, 2002, p. 88). Por outro lado, o art. 966, ao considerar “empresário aquele que exerce atividade econômica organizada [...]”, parece consagrar a acepção funcional da empresa, ou seja, como a própria atividade ou a expressão de uma atividade econômica organizada. Muito embora não tenha sido apresentado um conceito formal de empresa - ausência de definição legal põe o centro de gravidade do direito comercial no empresário e não a empresa -, a análise sistemática desses dispositivos do Código parece apontar para a adoção deste perfil¹².

Há também autores que destacam a organização, e não a atividade, como elemento central. Neste sentido, Wald (2010) considera a empresa como organização cuja finalidade é desenvolver atividade

11 Bulgarelli (2001, p. 16) já observara a transição para um direito comercial que se concentrava “na atividade, critério decorrente da *organização* que está implícita e subjacente na prática reiterada dos atos, tendo, portanto, como base a *empresa*, ou seja, a organização dos fatores da produção para um escopo lucrativo”.

12 Esta visão acerca dos perfis da empresa foi suficientemente desenvolvida pela jurista italiana Asquini (1996, p. 104-105). A empresa foi identificada como um “fenômeno econômico poliédrico, o qual tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”. Esses perfis seriam: subjetivo, objetivo, corporativo (ou institucional) e funcional.

econômica. Para Sztajn (2010, p. 97), a organização “parece ser o elemento central, essencial, necessário porém não suficiente, para determinar a existência da empresa [...]”. Prosseguindo, a autora assinala que “o fenômeno empresa deve ser estudado a partir de seu conceito econômico, tal como apareceu e evoluiu ao longo do tempo” (SZTAJN, 2010, p. 156). Quanto ao conceito específico, Sztajn (2010, p. 136) sugere “a noção de empresa como centro de imputação de um feixe de contratos [...]”¹³.

Tanto no Brasil quanto na Itália, não obstante as diversas possibilidades de investigação das definições meta ou pré-jurídicas da empresa, percebe-se uma tendência da doutrina e dos textos legais no sentido de promover a análise econômica, isto é, examinar o fenômeno pré-jurídico da empresa solicitando as lições da ciência econômica. Pode-se dizer, na esteira do pensamento de Abreu (1999), que tem prevalecido historicamente uma espécie de *modus faciendi* na transposição do pré-jurídico para o fenômeno jurídico-empresarial, no sentido da utilização do “método ontológico” de definir ou de formar conceitos.

Tal *modus faciendi* na captação da empresa no plano jurídico consiste numa metodologia apropriada para a captação de um conhecimento pertinente acerca deste fenômeno, na medida em que implica privilegiar certos elementos da empresa, como atividade/organização/governança/eficiência/custos/transação/agência/contratos, em detrimento de uma das discussões mais relevantes na contemporaneidade: o debate acerca dos interesses em jogo no âmbito da empresa, o qual parece desafiar um olhar mais amplo.

13 O estudo da empresa a partir de seu conceito econômico já era defendido na Itália e também no Brasil, presente na obra de autores como Vivante (1932) e Carvalho de Mendonça (1945), entre outros.

3 A SUSTENTABILIDADE E O SEU IMPACTO NA REDEFINIÇÃO DOS PAPEIS DOS ATORES SOCIAIS

A sustentabilidade, enquanto ideia, “ganha corpo e expressão política na adjetivação do termo desenvolvimento, fruto da percepção sobre uma crise ambiental global” (NASCIMENTO, 2012, p. 52). As primeiras referências ao desenvolvimento surgem na década de cinquenta do século passado, a partir da percepção, pela humanidade, da existência de um risco comum decorrente de um processo de degradação ambiental (CHAVES; FLORES, 2014, p. 3). A partir de então, ambos os assuntos passam a ser discutidos no âmbito político e também acadêmico.

Inicialmente, a noção de sustentabilidade se encontrava ancorada somente ao indicador meio ambiente, o chamado ecodesenvolvimento¹⁴. À época, tal perspectiva, hoje considerada limitada, justificava-se diante dos impactos causados pelos estudos e conclusões do chamado Clube de Roma – no sentido do reconhecimento da necessidade de imposição de limites ao crescimento em função da já constatada degradação ambiental e escassez dos recursos ambientais -,¹⁵ e especialmente em face da preocupação com a realização de inúmeros testes nucleares entre os anos de 1945 e 1962, que culminaram em chuvas radioativas sobre os países nórdicos e acabaram por levar a Suécia, em 1968, a propor às Nações Unidas a realização de uma conferência a nível mundial, para discussões com vistas à redução da emissão dos elementos então compreendidos como responsáveis pelas chuvas ácidas (NASCIMENTO, 2012).

14 Sobre o ecodesenvolvimento, oportuno destacar a lição de Gilberto Montibeller Filho (1993, p. 133): “O ecodesenvolvimento pressupõe, então, uma solidariedade sincrônica com a geração atual, na medida em que desloca a lógica da produção para a ótica das necessidades fundamentais da maioria da população; e uma solidariedade diacrônica, expressa na economia de recursos naturais e na perspectiva ecológica para garantir às gerações futuras as possibilidades de desenvolvimento”.

15 Os trabalhos e conclusões do Clube de Roma ensejaram a publicação da obra *Limits to growth*. MEADOWS, D. H. et al. *The limits to growth*. New York: Universe Books, 1972.

Este encontro veio a ocorrer em 1972, em Estocolmo, a I Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (CNUMAH). O documento final da Conferência, a Declaração de Estocolmo, em seus Princípios, preceituava ao homem a

[...] solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”, reconhecendo simultaneamente que “nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento” e que, neste sentido, “milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna [...].

Com o tempo, a compreensão inicial de sustentabilidade, ancorada somente no indicador meio ambiente, foi deslocada também para outros eixos mais abrangentes. Conforme destaca Feitosa (2009, p. 33-34), a sustentabilidade não se baseia mais somente num sentido restrito ou ecológico, sendo que “o marco desta compreensão é o relatório da Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1987, intitulado ‘*Our Common Future*’¹⁶. Já naquele momento histórico, a ampliação de perspectivas em torno do conceito de desenvolvimento¹⁷ podia ser percebida mediante a vinculação do termo à ideia de satisfação de necessidades presentes sem comprometimento da garantia das mesmas possibilidades às gerações futuras, indicando também a perspectiva de um olhar intergeracional,

¹⁶ Também conhecido como ‘Relatório Brundtland’”, em homenagem à então primeira ministra da Noruega, *Gro Harlem Brundtland*, responsável por presidir a Comissão, instalada em 1983.

¹⁷ Embora não sejam poucos os autores que reconhecem a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável como sinônimos, para Lacerda; Rosa; Ferrer (2014) sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são termos que não se confundem, embora a sustentabilidade venha ganhando espaço crescente nos discursos sobre o desenvolvimento. Segundo os autores, somente ao assumir e substituir o paradigma até então predominante, do crescimento, o adjetivo sustentável incorpora o objetivo de crescimento e pode passar a ser tratado como desenvolvimento sustentável.

aspecto da solidariedade que denota uma dimensão ética.

Após o Relatório *Brundtland*, o conceito de desenvolvimento sustentável foi posto no centro dos debates internacionais especialmente por ocasião da chamada “Cúpula da Terra”, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O encontro aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992, e reuniu um total de 178 nações. Ao seu final, foi editado um plano de ação global conhecido como Agenda 21, que traçava um programa comum em torno de alguns alicerces do desenvolvimento sustentável, “para atender equitativamente as necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações atuais e futuras”.

Outro acontecimento marcante a nível mundial foi a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, em Johannesburgo, também chamada de Rio +10, onde restaram reafirmados compromissos assumidos com o desenvolvimento sustentável, inclusive a construção de uma sociedade global, humanitária, equitativa e solidária, através da ratificação de metas anteriormente assumidas para a proteção do meio ambiente e das metas estabelecidas na Agenda 21 (MARIANO, 2012). Todos esses marcos históricos foram importantes para que a ideia de sustentabilidade passasse a ser composta por três indicadores: atividade econômica, meio ambiente e bem estar da sociedade¹⁸.

A partir dessa concepção expandida, a sustentabilidade passa a ser apontada como um “novo paradigma secular, do gênero daqueles que se sucederam na gênese e desenvolvimento do constitucionalismo”,

¹⁸ Há autores que referenciam outras dimensões, tal como Sachs (1993), que aponta cinco: i) Sustentabilidade Social; ii) Sustentabilidade Econômica; iii) Sustentabilidade Ecológica; iv) Sustentabilidade Espacial; e iv) Sustentabilidade Cultural. Já Ferrer; Glasenapp; Cruz (2014), descrevem que a sustentabilidade pode ser entendida em dois sentidos – restrito e amplo -, sendo que neste último apresentaria seis dimensões: i) Ecológica; ii) Econômica; iii) Social; iv) Cultural; v) política-jurídica; e vi) Tecnológica. Neste artigo seguiremos trabalhando com o conceito tridimensional, devido à crença de que cada um dos três elementos pode englobar outros, sem necessidade de ampliação desta configuração.

como foram o humanismo, a questão social e a democracia social, respectivamente nos séculos XVIII, XIX, XX (CANOTILHO, 2010, p. 8). Este novo paradigma do direito passa a ser indutor de pautas axiológicas em diversos níveis¹⁹, dotado de múltiplas faces²⁰, e impõe complexos desafios à governança pública e privada, com reflexos diretos na necessidade de redefinição de papéis dos atores sociais diante de um novo conjunto mais amplo de perspectivas e expectativas.

4 SUSTENTABILIDADE E EMPRESA

“Lucro e respeito à lei contam, mas são apenas parte da história”.

Ricardo Abramovay

Diante desta concepção expandida em torno da noção de sustentabilidade, tem sido ventilado que o mundo precisa de uma nova economia. A maneira atual de organização de recursos, embora tenha favorecido uma crescente prosperidade material, não atenderia ao objetivo maior de contribuir para a ampliação de liberdades substativas dos seres humanos como um todo, colocando em cheque – destruição ou séria ameaça – nada menos do que 16 dos 24 serviços prestados pelos ecossistemas (ABRAMOVAY, 2012).

Um dos grandes desafios dessa reflexão “é que formular objetivos para o sistema econômico que não dependam fundamentalmente de sua expansão permanente significa também formular metas para as

19 No mesmo artigo referenciado na nota acima, Ferrer; Glasenapp; Cruz (2014) destacam a sustentabilidade como um novo paradigma para o direito. No mesmo sentido, o artigo científico de autoria de Cruz; Bodnar (2011), apontando a sustentabilidade como novo paradigma do direito na pós-modernidade.

20 A ideia de sustentabilidade como fenômeno de muitas faces foi inspirada pela obra *A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces* (FLORES; 2012). Algumas das faces da sustentabilidade foram discutidas em diversos capítulos do livro, que tangenciam o tema da governança dos atores públicos e privados.

firmas que alterem o sentido da ação empresarial e as medidas de sua eficiência” (ABRAMOVAY, 2012, p. 17). Não há mais como distinguir o econômico do social, tendo em vista que ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa (WALD, 2010).

De fato, a emergência desta nova economia traz à reboque a igualmente necessária redefinição dos papéis dos agentes sociais, dentre os quais as empresas, no sentido da adoção dos chamados comportamentos sustentáveis, orientados para a harmonização entre aspectos econômicos, sociais e ambientais²¹. Dada a sua presença - muitas vezes global -, poder econômico e mobilidade, incluir as empresas enquanto agentes promotores do desenvolvimento sustentável constitui caminho natural e inexorável (PINHEIRO, 2012).

No caso específico da empresa, trata-se de uma visão mais ampla dos relacionamentos empresariais, no sentido da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos, com a ética ocupando posição central nas decisões e estratégias. Os referidos alicerces indicam que a missão da empresa deve aliar engajamento ecológico, econômico e social, que considere não apenas o sentido de sua existência, sua razão de ser e sua legitimidade, mas também sua finalidade (LAVILLE, 2009).

21 Uma ação que, no âmbito brasileiro, pode ser apontada como contrária à ideia em questão é a formulação, por determinadas empresas, das chamadas “listas sujas” de empregados. Em alguns casos, reveladores de um agir dissociado da mesma, dados constantes de informações processuais sobre reclamações trabalhistas ajuizadas são divulgados e levam outros empregadores a dispensar ou não admitir empregados que tenham recorrido ao Judiciário com demandas sobre eventuais direitos trabalhistas. Exemplo paradigmático foi o da Companhia Vale. Por ter criado uma “lista suja” com nomes e informações sobre empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas contra ela, foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no importe de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), a serem revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, após ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. A empresa foi condenada pela 12ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, decisão que foi mantida pelo Tribunal local e também pela Quinta Turma do TST (Recurso de Revista nº 103600-95.2006.5.17.0012). A reiterada prática das “listas sujas” levou o Conselho Superior da Justiça do Trabalho a editar a Resolução nº 139, de 24 de junho de 2014, que dispõe sobre medidas a serem adotadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho com a finalidade de impedir ou dificultar a busca de nomes de empregados para a composição das referidas listas.

A empresa desempenha um papel central na sociedade, com suas decisões impactando a vida das pessoas, das famílias, dos ecossistemas e de países inteiros (MACKEY; SISODIA, 2013). É natural, portanto, que lhe seja dirigida um conjunto de expectativas, em função de sua capacidade de contribuir positiva ou negativamente para o desenvolvimento sustentável. Todavia, embora atualmente venha se consolidando a ideia de que tais expectativas não podem ser ignoradas, por muito tempo, o foco excessivo na maximização de resultados econômicos de curto prazo aos *shareholders* (sócios / acionistas) acabou por gerar um contexto de crise no relacionamento das empresas com a sociedade.

A concepção acima, da empresa voltada ao atingimento de interesses estritamente particulares, segundo relata Teixeira (2010), acorrentou o referido instituto à crise epistemológica do modelo de desenvolvimento utilizado no século XX, então pautado em crescimento econômico apenas quantitativo e acumulativo. Segundo a autora, o modelo em questão decorreu da dissociação entre a humanidade (sociedade), suas organizações e o meio ambiente e acarretou reflexos no desalinhamento entre os interesses da sociedade e os de suas instituições, especialmente o Estado e as empresas (estas focadas somente em resultados econômicos de curto prazo).

5 A EMPRESA SUSTENTÁVEL: HARMONIZAÇÃO ENTRE O PRIVADO E O PÚBLICO

A partir do referencial teórico da sustentabilidade²², passa-se a

22 Outros referenciais teóricos seriam o estreitamento da dicotomia público-privado, as transformações do direito privado e a abordagem constitucional de seus institutos (FLORES; CHAVES, 2014).

sustentar que na empresa, devem ser harmonizados interesses particulares com compromissos sociais, em face da consolidação da ideia de que as mesmas não desenvolvem suas atividades num vácuo social, mas sim diante de questões fundamentais como expectativas, valores, matrizes sociais e processos comunicacionais mais amplos com a sociedade²³. Fala-se na necessidade de ampliar responsabilidades sociais²⁴ e redefinir seu papel e missão na sociedade (ARNOLDI; MICHELAN, 2000).

O advento do conceito de *stakeholders*²⁵ foi fundamental

23 No caso brasileiro, o Código Civil de 2002, como visto, consagrou a empresa em sua acepção funcional, ou seja, como expressão de uma atividade econômica. Muito embora não tenha sido apresentado um conceito formal, a análise sistemática dos dispositivos do Código, particularmente os artigos 966 e 1142, permite a conclusão no sentido da adoção deste determinado perfil. Por outro lado, alguns dispositivos legais, anteriores ao Código, encampam essa ideia de reconhecimento da existência de interesses para além daqueles do titular da atividade econômica. O artigo 116, §7º do revogado Decreto-Lei nº 2.627/40 (antiga Lei das Sociedades por Ações), determinava que os diretores agissem no exercício de suas funções tanto “no interesse da empresa quanto do bem público.” O artigo 116 da Lei nº 6.404/76, em seu parágrafo único, referencia o dever do controlador em fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, com responsabilidades perante os demais acionistas, os colaboradores (empregados) e a comunidade como um todo. Por seu turno, o artigo 154 da mesma Lei dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa.” E, em seu § 4º, “o conselho de administração ou a diretoria pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.” Quanto ao tema, convém também registrar que o PL 1572/2011, em tramitação nas Casas Legislativas, que visa à instituição de um Novo Código Comercial, aponta a *livre iniciativa e a função social da empresa como princípios informadores*, decorrendo do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento, dentre outros: i) da *imprescindibilidade*, *no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos*; ii) da *empresa privada como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global*. (grifamos).

24 Importante ressaltar que a questão da responsabilidade social se encontra relacionada à ideia de “integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade”, diferenciando-se da noção de função social (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46). Sobre a função social, é oportuno assinalar a visão de que “o Código Civil, ao unificar o Direito Comercial e o Direito Civil, não tratou expressamente sobre a questão da função social da empresa; tudo que de lá se consegue extrair é uma aproximação dimensionada analogicamente com a função social da propriedade e a função social do contrato”. [...] “Da mesma forma, como ocorre nessas leis de direito privado, não se encontra qualquer referência explícita à locução função social da empresa na Constituição Federal ou outro diploma tido como instituidor de normas de direito público. Mas, nesse âmbito, ao contrário do que ocorre naquele, há possibilidade de uma construção interpretativa, do conceito de função social da empresa, que extrapole os limites internos da companhia, sociedade ou comerciante individual”. Esta indeterminação jurídica sobre a função social da empresa gera uma crise conceitual sobre a própria segurança jurídica (PRADO; SILVA, 2006, p. 31-32).

25 O conceito de *stakeholders* foi abordado no artigo *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, publicado em 1983 pela *California Management Review*. Segundo os autores, o próprio R. Edward Freeman, em coautoria com David L. Reed, o termo fora veiculado antes, em 1963, em memorando interno da *Stanford Research Institute*, como referência a “aqueles grupos sem cujo apoio a organização não existiria” (FREEMAN; REED, 1983, 88-106).

para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas. Em tradução não literal, o termo tem sido usado para definir um conjunto de “partes interessadas” direta ou indiretamente afetadas pelas atividades econômicas exercidas pela empresa, tais como: empregados, consumidores, comunidade, meio ambiente, entre outros. Tal visão é pautada no entendimento de que as empresas devem criar o maior valor possível para todas as “partes interessadas”. Conforme ensina Freeman (2010, p. 24-26), contesta-se a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade, passando-se à noção de que as empresas devem criar o maior valor possível para todo esse conjunto mais ampliado de interesses.

A ampliação e desenvolvimento de estudos sobre a teoria dos *stakeholders* fez com que se passasse a constestar a doutrina de criação de valor somente para os *shareholders* ou *stockholders* (sócios/acionistas) - que vê a empresa como um instrumento cujo único propósito é a perseguir resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades²⁶. Neste sentido, Stout (2012) passa a considerar como um mito a ideia de valor somente para o titular da atividade econômica.

Segundo Mackey; Sisodia (2013, p. 22-35), esse mito de que a maximização dos lucros consiste na única finalidade da empresa manchou a reputação do capitalismo e colocou em questão também a própria empresa. Para estes autores, “o capitalismo de livre iniciativa tem de estar enraizado em um sistema ético baseado na criação de valor para todos os *stakeholders*”, o que indica a necessidade de uma reflexão

26 Aparentemente, a expressão intelectual mais profunda desta ideia de perseguir resultados econômicos se encontra presente na obra de Milton Friedman. Segundo o autor, a única responsabilidade social nos negócios consiste no engajamento para o incremento de receitas, respeitadas as regras do jogo. Conforme destaca Mertens (2013), Friedman realiza uma defesa ética da teoria dos *stockholders* ou *shareholders*, baseada em argumentos consequencialistas e interesses particulares.

“mais profunda sobre a razão da existência das empresas e sobre como elas podem criar mais valor”²⁷.

Floresce, a partir daí, a noção de criação de valor compartilhado (PORTER; KRAMER, 2011): a ação das empresas não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Deve contemplar também os direitos de todas as partes interessadas, uma redefinição de suas finalidades que permita uma maior contribuição para a realização do desenvolvimento e para a sustentabilidade. Percebe-se, assim, a necessidade de redefinir o papel e missão das empresas na sociedade, afinal, dotada de grande força de mudança social, sua razão de ser, sua missão, deve aliar projeto econômico e projeto societal (LAVILLE, 2009), na medida em que se tratam de muito mais que entidades de cunho simplesmente econômico, transformadas em uma instituição de peso a nível social (ANDRÉS; PIMENTEL, 2005).

Dentro desse cenário de evolução axiológica, oportuno ressaltar a classificação proposta por Schwerin (2005). Segundo o autor, a empresa passa a ser reconhecida como uma organização viva, cujas obrigações se tornam multidimensionais no sentido de harmonizar a busca de seus interesses particulares também com compromissos éticos e sociais, em busca de um crescimento equilibrado e sustentável em longo prazo. Igualmente relevante destacar a concepção crítica apresentada por Nones (2002, p. 129), segundo a qual “a atual realidade econômica e social e as ações sociais das empresas parecem sinalizar que o conceito de empresa

²⁷ Mackey; Sisodia (2013, p. 36-37) defendem a filosofia do capitalismo consciente, fundada em princípios como o “propósito maior” e a “integração de *stakeholders*”. O primeiro propõe a existência de um impacto positivo mais elevado quando as empresas se encontram baseadas em um propósito maior, concepção em que o propósito, razão de existência da empresa, traduz-se em algo mais do que gerar lucro e criar valor somente para o eventual titular do exercício da atividade. Por seu turno, a integração diz respeito à necessidade de reconhecimento da importância e interesses de outras partes afetadas por tais atividades, e a empresa deve otimizar a criação de valor para essa rede abrangente, harmonizando esses interesses.

é mais do que uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Na leitura de Rodrigues (2008), todas estas transformações indicam a superação de uma concepção conhecida como exclusivo privatista, baseada na qual, durante muito tempo, considerou-se os objetivos que transitavam as relações empresariais como de natureza estritamente individual e particular. Neste sentido, passa-se a reconhecer que a empresa-instituição reúne não apenas os interesses das suas partes integrantes, mas também de toda a sociedade, uma concepção institucionalista-publicista na qual se encontram presentes preocupações com noções como interesse público e função social.

Assim, incorpora-se também ao fenômeno empresa a ideia de responsabilidade social, pautada nas seguintes características: i) é plural (empresas devem satisfações aos sócios e acionistas, como também aos colaboradores, às mídias, aos governos, aos setores não governamentais e à comunidade); ii) é distributiva (os conceitos são difundidos ao longo de todo e qualquer processo produtivo, não somente ao produto final); iii) é sustentável (atitudes responsáveis não somente perante o meio ambiente, mas também junto a sociedade); iv) é transparente (necessidade de divulgação de suas performances sociais e ambientais, do impacto de suas atividades e medidas de prevenção)²⁸.

6 A QUESTÃO ATUAL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Conforme advertem Sen; Kliksberg (2010), as ideias acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas na sociedade

28 Disponível em: <http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional_view.php?id=3>. Acesso em: 10 mar. 2015.

contemporânea se modificaram aceleradamente nos últimos anos, passando de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários – somente a quem deveriam prestar contas – como a sua única responsabilidade, a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores, no sentido de considerá-las com alta responsabilidade social, com a exigência de características tais como: i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos que fazem parte da empresa e favoreçam o seu desenvolvimento, vale dizer, promover condições dignas de trabalho aos seus colaboradores, remuneração justa, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação; ii) transparência e boa governança corporativa, isto é, prestar informações públicas e de forma contínua, garantindo aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa, com instâncias diretivas idôneas, que lutem para abolir os conflitos de interesses societários; iii) jogo limpo com o consumidor, ou seja, oferta de produtos de boa qualidade, saudáveis e com preços razoáveis; iv) políticas de proteção ao meio ambiente, tornando-se as empresas limpas do ponto de vista ambiental, além de contribuírem com a agenda que o mundo tem diante de si neste campo, seja a nível local, regional, nacional ou mesmo internacional; v) integração aos temas que produzem o bem-estar comum, no sentido da colaboração ativa com as políticas públicas, em aliança com os Poderes Públicos e a sociedade civil, voltada ao enfrentamento conjunto de questões essenciais para o interesse coletivo; vi) não praticar um código de ética duplo, isto é, atuar, na prática, de forma coerente com o discurso de responsabilidade social empresarial.

Como exemplos práticos de novas posturas, podem ser destacadas iniciativas como as Bolsas de Valores Sociais e Socioambientais.

A primeira delas foi criada no Brasil, em 2003, a Bolsa de Valores Socioambientais (BVSA)²⁹, tendo sido reconhecida pela ONU como modelo de caso a ser seguido por outras bolsas no mundo. A BVSA é uma criação da BM&FBOVESPA, companhia aberta com valores mobiliários negociados no mercado de capitais, e suas corretoras, para que as pessoas ou empresas, chamados investidores socioambientais, pudessem contribuir com recursos para a realização de projetos sociais e ambientais. A BVSA tem apoio oficial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Alguns exemplos de projetos e ações: i) Escolas em ação (realização de curso de instrumentalização em educação ambiental, para que profissionais da educação de Paranaguá possam atuar como mobilizadores de ações em prol do meio ambiente); ii) OCA – Escola Cultural (o projeto pretende subsidiar atividades da Escola Cultural da OCA, que oferece educação complementar focada na formação da identidade cultural de crianças e jovens de Carapicuíba); iii) Condomínio da Biodiversidade – Programa de Apoio à Conservação (o projeto pretende desenvolver ações de apoio e orientação a proprietários de áreas com vegetação nativa relevantes para a conservação da biodiversidade urbana em Curitiba); iv) Tô Ligado

29 A BVSA influenciou outras bolsas no mundo, como a Bolsa de Valores Sociais de Portugal, que “replica o ambiente de uma Bolsa de Valores e o seu papel é facilitar o encontro entre Organizações da Sociedade Civil, criteriosamente selecionadas, com trabalhos relevantes e resultados comprovados na área da educação e do empreendedorismo, e investidores sociais (doadores) dispostos a apoiar essas organizações através da compra de suas ações sociais. Seguindo o exemplo do que ocorre no mercado de capitais, a Bolsa de Valores Sociais é o espaço que promove esse ponto de encontro e que zela pela transparência da relação entre a Organização e o investidor social. Ao fazê-lo, garante que o investimento social seja o mais eficaz possível, com resultados que podem ser acompanhados a qualquer momento pelos investidores sociais. Ao promover os conceitos de investimento social e investidor social, a Bolsa de Valores Sociais propõe que o apoio às Organizações da Sociedade Civil seja visto não sob a ótica da filantropia e da caridade, mas sim do investimento que deve gerar um novo tipo de lucro: o lucro social.” Disponível em: <<http://www.org.pt/view/viewQuemSomos.php>>. Acesso em: 05 dez. 2014. Outro exemplo é a South African Social Investment Exchange – SASIX, a Bolsa de Investimentos Sociais da África do Sul, que conta com apoio institucional da Bolsa de Valores de Johannesburgo. Disponível em: <<http://www.sasix.co.za>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

(contribuiu para o desenvolvimento integral e a superação das dificuldades escolares e para preparar crianças e jovens do bairro de Santa Teresa, no Rio de Janeiro, para o trabalho). v) Projeto Caatinga Verde (o projeto irá complementar ações do poder público junto ao Quilombo do Mocambo para o desenvolvimento da ovinocultura local de forma associada à preservação da Caatinga); vi) *Oasis Training* (o projeto pretende capacitar jovens da Baixada Santista no Estado de São Paulo, na Filosofia Elos e Jogo Oásis, metodologias bem-sucedidas de mobilização comunitária.

As funções das empresas que transcendem aspectos meramente econômicos têm sido constantemente incentivadas pela sociedade, inclusive, com a criação de determinados padrões de certificação relacionados a questões vinculadas à visão institucionalista publicista. Entre algumas das certificações existentes, podem ser citadas: i) Selo empresa amiga da criança (selo criado pela Fundação Abrinq para empresas que não utilizem mão de obra infantil e contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes); ii) ISO 14000. O ISO 14000 é apenas mais uma das certificações criadas pela *International Organization for Standardization*, que dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação; iii) AA1000. O AA1000 foi criado em 1996 pelo *Institute of Social and Ethical Accountability*. Esta certificação de cunho social enfoca principalmente a relação da empresa com seus diversos parceiros, ou “*stakeholders*”. Uma das suas principais características é o caráter evolutivo já que é uma avaliação anual; iv) SA8000. A “*Social Accountability 8000*” é uma das normas internacionais mais conhecidas. Criada em 1997 pelo *Council on Economic Priorities Accreditation Agency*, o SA8000 enfoca, primordialmente, relações trabalhistas e visa assegurar que não existam ações antissociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil,

trabalho escravo ou discriminação³⁰.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, foi possível identificar a sustentabilidade como elemento estruturante do Estado constitucional, um novo paradigma do direito na pós-modernidade, indutor de pautas axiológicas em diversos níveis. Tal fenômeno, de múltiplas faces, conduz à necessidade de melhora e ajuste contínuos das práticas dos diversos atores sociais, públicos e privados. Deve repercutir, também, na ação da empresa, entendida não como mera expressão de uma atividade econômica, mas sim como ator social diretamente vinculado à responsabilidade de acomodação de interesses particulares e públicos.

A sustentabilidade, enquanto referencial teórico empresarial, encontra-se associada à ideia de criação e preservação de valor compartilhado para um conjunto de partes interessadas, no curto, médio e longo prazos, o que envolve aspectos econômicos, ambientais e sociais. Neste sentido, a noção de interesses em jogo assume a condição de imperativo e demanda às empresas a incorporação dessa ideia de valor compartilhado entre todos os seus *stakeholders*.

Quanto ao problema de pesquisa indicado na introdução, conclui-se pela existência de um complexo feixe de interesses, privados e públicos, que precisam ser harmonizados na empresa, ante o reconhecimento de que esta se traduz numa organização viva com obrigações multidimensionais, que deve promover a conciliação entre os interesses particulares daqueles que assumem o risco pelo exercício

³⁰ Disponível em: <http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/_view.php?id=3>. Acesso em: 10 mar. 2015.

da atividade, com interesses da coletividade.

De acordo com esta visão, a empresa é instrumento de viabilização da promoção de múltiplas aspirações, que apresenta uma função econômica, mas também uma função social. A ideia de perseguição de resultados econômicos no interesse exclusivo de agentes racionais que maximizam de utilidades, o mito criado pela doutrina do valor exclusivo para os *shareholders*, cede espaço para o propósito de conciliação de interesses, uma perspectiva ampliada para a empresa, a partir do referencial teórico da sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999.

ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reprodução social ampliada: los contributos del análisis societal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 47, p. 35-45, 2005.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 39 (Nova Série), jan./mar., p. 157-162, 2000.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, out./dez. 1996.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**: análise jurí-

dica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnê: Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, Pt, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010.

CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417- 432.

CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton Cesar. Empresa sustentável: um estudo sobre os atuais caminhos da divulgação pública de informes sobre sustentabilidade no Brasil. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 17, p. 181-200, jan.-dez. 2014.

COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, New Series, v. 4, p. 386-405, 1937.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan.-jun. 2011. Disponível em: <[http://www. http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761](http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761)> . Acesso em: 05 abr. 2015.

DE MARTINI, Angelo. **Corso di diritto commerciale**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1983.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, p. 33-53, 2009. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/bce/2009>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712>>. Acesso em: 18 ju. 2014.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 5. ed. Roma: UTET, 1980.

FIALE, Aldo. **Diritto commerciale**. 9. ed. Napoli: Simone Edizioni, 1994.

FLORES, Nilton César da Silva (Org.). **A Sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. São Paulo, Millennium, 2012.

FLORES, Nilton César; CHAVES, Vinicius Figueiredo. Fenômeno empresa: dos interesses exclusivos privatistas aos institucionalistas publicistas: criando valor compartilhado. **Scientia Iuris**, Londrina, PR v. 18. n. 1, p. 118-134, jul. 2014.

FREEMAN, Edward R.; REED, David L. Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance. **California Management Review**, California, Berkeley, v. 25, n. 03, p. 88-106, 1983.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. **The New York Times Magazine**, New York, 1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

LACERDA, Emanuela Cristina A.; Rosa, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. A Propriedade ante o novo paradigma do Estado constitucional moderno: a sustentabilidade. **Revista Novos**

Estudos Jurídicos, Itajaí, SC v. 19, n. 4, edição especial, p. 1185-1219, 2014. Disponível em: < <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6703>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

LAVILLE, Élisabeth. **A empresa verde**. São Paulo: Ote, 2009.

LOBO, Jorge. Empresa: novo instituto jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 91, v. 795, p. 81-93, jan. 2002.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**. São Paulo: HSM, 2013.

MARIANO, Leila. O Poder judiciário e a sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César da Silva (org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. São Paulo, Millennium, 2012.

MARSHALL, Alfred. **Principles of economics**: an introductory volume. 8. ed. Londres: Macmillan, 1920.

MEADOWS, D. H. et al. **The limits to growth**. New York: Universe Books, 1972.

MERTENS, Karl Martin Ekornes. **Milton Friedman and social responsibility an ethical defense of the stockholder theory**. Oslo, 2013, 105 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Pós-graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Universidade de Oslo. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/38408/Mertens_Filosofi_Master.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 fev. 2015.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável – Conceitos e Princípios. **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 131-142, 1993.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**,

v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012.

NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. **Novos Estudos Jurídicos**, v.7, n. 14, abr. 2002.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 29, ano 17 (Nova Série), p. 39-56, 1978.

PINHEIRO, Silvia Marina. O Desenvolvimento Sustentável e as Empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (orgs.). **A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: creating shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. **Harvard Business Review**, jan./fev. 2011.

PRADO, Martha Assunción Enriques; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 25-38, 2006.

RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier. **Direito dos acionistas minoritários**. São Paulo: Lawbook, 2008.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo, Studio Nobel – Fundap, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: Interesse Público e Privado. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, jul.-ago. 2003

SCHWERIN, David A. **Capitalismo consciente**: como criar o sucesso do futuro inspirando-se na sabedoria do passado. 10ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

STOUT, Linn. **The shareholder value myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, abr. 2003.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV, livro II, do direito de empresa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WILLIAMSOM, Oliver. **Markets and hierarchies**: Analysis and Antitrust Implications. New York, Free Press, 1975.

_____. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577, nov. 1981.

Como citar: CHAVES, Vinicius Figueiredo; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Harmonização dos interesses privados e públicos na empresa: o paradigma da sustentabilidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.241-273 jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p273. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 27/04/2015

Aprovado em 02/03/2016

**PARA ALÉM DA DISCUSSÃO SOBRE
ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO:
A IGUALDADE DE DIREITOS E A
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
COMO MEIOS PARA A PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR TERCEIRIZADO**
BEYOND THE DEBATE ON FINAL OR
INTERMEDIARY ACTIVITY: EQUALITY
OF RIGHTS AND JOINT LIABILITY
AS AN EFFECTIVE MEANS FOR THE
PROTECTION OF WORKERS' IN A
TRIANGULAR RELATIONSHIP

Brena Késsia Simplicio do Bonfim*
Ana Virgínia Moreira Gomes**

* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e em Direito e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). E-mail: brena_bonfim@hotmail.com.

** Pós-doutora pela School of Industrial and Labor Relations da Cornell University. Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: avmgomes@gmail.com.

Como citar: Bonfim, Brena Késsia Simplicio do; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Para além da discussão sobre atividade fim e atividade meio: a igualdade de direitos e a responsabilidade solidária como meios para a proteção do trabalhador terceirizado.

Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 2, p.266-296, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p274. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: O aperfeiçoamento dos sistemas de produção e das técnicas de administração de mão de obra, em face da superação do binômio taylorista-fordista pelo sistema toyotista de meios de produção, tem como uma de suas

expressões mais significativas a terceirização, seja ela de mão de obra ou de serviços. Tal instituto voltou a centralizar debates acadêmicos e políticos desde a discussão do Projeto de Lei 4330/2004 e da aprovação do Projeto de Lei da Câmara no 30/2015. O cerne das discussões repousa basicamente na autorização ou não da terceirização em atividades fins empresariais. Secundariamente, se discute acerca da representação sindical e da responsabilidade da empresa tomadora de serviços. Este trabalho busca exatamente inverter essa discussão ao focar de modo prioritário na responsabilidade da tomadora final e, na cláusula da não discriminação entre trabalhadores diretamente contratados e terceirizados (nem mencionada no debate político). Nesse modelo, desincentivaria-se a terceirização precarizante, possibilitando-se essa prática como uma forma de opção logística da empresa, porém dissociada da mera busca de diminuição dos custos trabalhistas.

Palavras-chave: Terceirização; precarização; não discriminação; responsabilidade solidária; *sweatshops*.

ABSTRACT: The changes in production systems and in the labor management techniques, due to the modification of the taylorist-fordist system to the toyotism system, have had as one of its most important expressions to date the outsourcing of workforces and services. This institute has once more had a centralized

academic and political debate since the discussion of the law proposal #4330/2004 and the approval of the House Bill #30/2015. However, the core of these discussions rests primarily in the authorization of the outsourcing of companies' activities. In a secondary way, this paper will discuss the workers' union representation and the responsibility of the main company. Moreover, this paper aims to reverse the discussion, focusing on the labour responsibility of the main company and on the clause of non-discrimination between the direct workers and the workers in triangular relationships, which was not even mentioned in the political debate. Therefore, in this model, these measures would be disincentives for precarious outsourcing and it needs to be dissociated from the mere pursuit of lowering labor costs, if the company wants to use it as a viable option.

Keywords: Outsourcing; insecurity; non-discrimination; joint liability; sweatshops.

INTRODUÇÃO

Com a aprovação do Projeto de Lei 4.330/2004 pela Câmara dos Deputados, em 22 de abril de 2015, convertido em Projeto de Lei da Câmara 30/2015, o tema da terceirização de atividades voltou a centralizar debates políticos e jurídicos. Considerada como uma das mais significativas expressões do sistema *toyotista* de utilização dos meios de produção, a terceirização passou a ser o cerne da reestruturação produtiva global, decorrente da crise do sistema capitalista de produção da metade da década de 70. No âmbito internacional, a prática da terceirização caracterizou a descentralização produtiva que criou as cadeias produtivas globais – o chamado *outsourcing*. No Brasil, além de cadeias produtivas, como é comum no setor têxtil, denominada terceirização de serviços, a terceirização também ocorre no próprio âmbito da empresa, como intermediação de mão de obra.

Nesse novo modelo produtivo, a terceirização se justifica como um tipo de contratação de mão-de-obra resultante de formas de administração da produção que buscam elevar o nível de eficiência empresarial, utilizando-se da forma mais eficiente os escassos recursos econômicos disponíveis, seguindo, assim, uma racionalidade essencialmente econômica.

O incremento da produção, conforme o modelo *toyotista*, baseia-se necessariamente em relações de trabalho flexíveis, expressas em práticas de subcontratações e descentralizações. A produção segue o padrão do *just in time*, ou seja, a empresa produz conforme o que lhe é demandado, diferente do padrão *just in case*, característico do modelo binomial *taylorista-fordista*. Tal cenário forneceu o adubo necessário

para propostas de desregulamentação ou flexibilização do mercado de trabalho. Isso porque as necessidades do novo modelo de produção demandam a força de trabalho do obreiro apenas quando há necessidade mercantil da produção, conforme a necessidade de ampliação da produtividade mutualmente relacionada à redução de custos econômicos. Nesse contexto, direitos trabalhistas significam rigidez e custo para as atividades empresariais, e a terceirização, como prática mais importante desse modelo, desafia a rede de proteção ao trabalho assegurada pelo direito laboral.

O direito do trabalho enfrenta o desafio de regular a terceirização. Para isso, a primeira opção a ser feita se dá entre proibir ou não essa prática. Sendo permitida pela lei laboral, a segunda questão trata da forma em que pode se dá a terceirização, ou seja, o que constituiria a terceirização lícita. No Brasil, essa discussão em grande parte se centra na possível autorização dessa forma de contratação nas atividades fins empresariais. A terceirização das atividades fins alimenta o temor de uma ainda maior precarização das relações laborais no país.

Este trabalho tem com objetivo ir além da discussão sobre o critério da atividade fim/atividade meio, mas explorar os temas da responsabilidade solidária da tomadora final e da cláusula da não discriminação entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados pela tomadora. Um modelo regulatório que assegurasse a responsabilidade solidária e a não discriminação desincentivaria a terceirização precarizante, possibilitando-se essa prática de forma restrita como uma opção logística da empresa, porém dissociada da mera busca de diminuição dos custos trabalhistas.

A primeira parte do artigo examina qual a dimensão na decisão de terceirizar dos objetivos de redução de custos e dissimilação de uma

relação de emprego - objetivos que tornam as relações terceirizadas mais precárias. Em seguida, analisa-se a cláusula de não discriminação e seu consectário de garantia de isonomia salarial como cerne das garantias trabalhistas entre terceirizados e não terceirizados. Defende-se aí a igualdade de direitos entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador contratado diretamente com fundamento no princípio da não discriminação em matéria de emprego e profissão, expresso pela Convenção 111 da OIT ratificada pelo Brasil. Examina-se ainda a aplicação analógica da regra que garante o direito ao salário equitativo, instituído pelo art. 12, “a” da Lei 6.019/74, ao caso dos trabalhadores terceirizados.

Por fim, sustenta-se a responsabilidade solidária do tomador de serviços. Essa garantia viria a desincentivar a contratação de trabalhadores terceirizados no mero intuito de redução de custos finais para a empresa. Ademais, a responsabilidade solidária minimizaria a dificuldade de condenação do tomador final da cadeia produtiva, eminentemente nas situações de *sweatshops*, sugerindo-se mecanismos materiais e processuais efetivos para condenação solidária das empresas que se utilizam da terceirização precarizante.

1 TERCEIRIZAÇÃO: UMA PRÁTICA PRECARIZANTE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O direito, tal como as demais ciências sociais aplicadas, é diretamente influenciado e formado pelas relações sociais que o compõem. Advém da necessidade de dar segurança às mencionadas relações, bem como de pacificar os conflitos incapazes de ser solucionados por decisão dos próprios interessados. Assim, a realidade social é fonte material direta dos ordenamentos jurídicos, o que propulsiona uma necessidade

de alteração e oxigenação constantes das normas.

O direito do trabalho é um exemplo importante dessa constante necessidade do direito de se adaptar a mudanças, no caso, às transformações do mundo do trabalho. A superação do binômio taylorista-fordista¹ pelo sistema toyotista² dos meios de produção, um novo padrão logístico de organização empresarial incorporado pelas empresas, trouxe novas questões para a regulamentação do trabalho, que devem ser respondidas pelo direito, sob pena de insegurança jurídica. A terceirização é uma dessas questões e, dada a dimensão do seu uso no mercado de trabalho brasileiro,³ uma das mais importantes.

No entendimento de Valentim Carrion (2009, p. 307), a terceirização consiste no “ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta”. No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins (2009, p. 176) explica que a terceirização trata da “possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa”.

A doutrina se desenvolveu no sentido de conceituar a

1 Modelo de produção baseado em uma economia de escala pela produção em massa de bens homogêneos com geração de estoques, uniformidade e padronização da produção. Designado também por uma certa perda de tempo de produção em decorrência dos longos períodos de preparo, da detecção tardia de defeitos – a qual gera peças excedentes –, bem como caracterizado por pontos de estrangulamento nos estoques. Tal padrão é voltado para os recursos existente e não para a demanda exigida. O trabalho é caracterizado pela realização de tarefas únicas por cada trabalhador, o qual centra sua força laboral naquela produção. A onerosidade restringe-se à função exercida, a qual, genericamente, não exige treinamento especial, bem como são baixos os índices de segurança laboral (CHIAVENATO, 2004).

2 No modelo toyotista, baseado na economia de escopo e na produção *just in time*, produz-se em pequenos lotes, sem estoques, conforme a demanda, de forma flexível, com redução do tempo de produção excedente e regime de subcontratação de trabalhadores, caracterizado, eminentemente, pela terceirização. O obreiro passa a realizar múltiplas tarefas na planta empresarial, havendo um treinamento específico para cada processo industrial, bem como um pagamento mais diversificado, muitas vezes caracterizado por sistemas de bonificações (CHIAVENATO, 2004).

3 Dados empíricos estatísticos apontam que 26,8% dos trabalhadores, no Brasil, eram tipicamente terceirizados no ano de 2013 (DIEESE, 2014).

terceirização como a intermediação de mão de obra empresarial de atividades intermediárias não finalísticas do objeto empresarial. Na verdade, esse seria um conceito associado à terceirização lícita, ou seja, aquela autorizada pela construção jurisprudencial como a desenvolvida em atividade meio da empresa – inclusive serviços de vigilância e limpeza –, bem como o trabalho temporário (Lei 6.019/74), nos moldes referenciados pela Súmula 331, I do TST.

O direito do trabalho brasileiro não regula a terceirização, remetendo à jurisprudência consolidada do TST, na Súmula 331⁴, o único padrão regulatório existente. O alto grau de conflituosidade que envolve a terceirização no mercado de trabalho brasileiro⁵, a imprecisão dos critérios utilizados pela Súmula 331 – atividade fim, atividade meio, subordinação direta – e a prática generalizada da terceirização, mesmo de forma ilegal, tanto na iniciativa privada, quanto na Administração Pública, evidenciam a necessidade de se refletir acerca uma nova estratégia regulatória acerca da terceirização ou de políticas mais adequadas para o seu combate.

4 Súmula nº 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

5 Dados da CUT em parceria com o DIEESE apontam que, entre os anos de 2010 e 2013, em dez dos maiores casos deflagrados que envolveram trabalho na condição análoga à de escravo, 90% dos trabalhadores eram terceirizados (DIEESE, 2014).

A doutrina favorável à terceirização propõe a normatização da terceirização no sentido de regular o seu uso. O argumento utilizado é que a regulação da terceirização criará um ambiente de maior segurança para o próprio trabalhador terceirizado (PASTORE; PASTORE, 2015). A mais recente iniciativa nesse sentido foi a proposição do Projeto de Lei 4.330/2004 pela Câmara dos Deputados, em 22 de abril de 2015, convertido em Projeto de Lei da Câmara 30/2015. Apesar de trazer algumas disposições isoladas protetoras dos trabalhadores submetidos ao regime de contratação terceirizada – em especial, no que concerne à responsabilidade solidária e a representação sindical⁶ - no seu todo, o projeto permite a adoção da terceirização em atividade fins e meios e da quarteirização (LEITE, 2014). O projeto é objeto de críticas exatamente por permitir de forma geral a terceirização (DRUCK, 1999; SILVA, 2014), cuja prática é vinculada diretamente à precarização de direitos trabalhistas e ao aumento da vulnerabilidade do trabalhador, tal como aponta relatório produzido pelo DIEESE (2014).

O trabalho terceirizado é hoje um trabalho em piores condições laborais, um trabalho inseguro ou degradante, mais vulnerável à violação de direitos fundamentais. O argumento de que a permissão legal da terceirização diminuiria essa precariedade se contrapõe ao argumento de que a restrição ou proibição da terceirização seriam as estratégias adequadas para combater o trabalho terceirizado, trabalho essencialmente precário. Nesse debate, é pertinente perguntar se e como é possível para o direito proteger o trabalhador terceirizado.

6 Art. 5º: obrigatoriedade de apresentação, pela contratada, de prestação de garantia para o adimplemento das obrigações trabalhistas; Art. 8º: enquadramento sindical único quando da coincidência entre categoria econômica das pactuantes; Art. 13: responsabilização da contratante pelas condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada que estiverem a seu serviço; Art. 14: proibição da redução salarial na sucessão de contratadas quando da manutenção dos mesmos empregados; Art. 16: responsabilidade solidária entre empresa contratante e contratada pelas obrigações contidas no art. 16 (v.g., pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado, 13º salário, férias, FGTS).

1.1 Terceirização Reestruturante x Terceirização Predatória

Na tentativa de responder a essa questão, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 1994, p. 34) classificou, em meados da década de 90, a terceirização em duas espécies: a reestruturante e a predatória.

A adoção da terceirização, dentro de uma estratégia reestruturante, possibilita à empresa reduzir a diversidade de formas de produção e de processos de trabalho, ampliando o controle sobre o processo de produção. A focalização, decorrente da terceirização, permite ganhos de racionalização, eficiência e produtividade. Por outro lado, alguns riscos, relacionados à instabilidade do mercado e à ausência de um crescimento sustentado na demanda, são transferidos para terceiros. O padrão predatório, por sua vez, caracteriza-se pela redução de custos através da exploração de relações precárias de trabalho. Essa terceirização recorre a todas as principais formas de trabalho precário: a) subcontratação de mão-de-obra; b) contrato temporário; c) contratação de mão-de-obra por empreiteiras; d) trabalho a domicílio; e) trabalho em tempo parcial; f) trabalho sem registro de carteira. O que se observa, portanto, é uma flexibilização de direitos trabalhistas, um mecanismo de tentar neutralizar a regulação estatal e a negociação sindical (DIEESE, 1994, p. 34).

A terceirização estruturante ou reestruturante baseia-se na especialização e inovação tecnológicas e organizacionais da produção a fim de reduzir a diversidade de produção e de processos de trabalho. Busca-se um ganho de racionalização, eficiência e produtividade, sem,

contudo, infringir os padrões mínimos de tutela laboral. A terceirização estruturante tem uma finalidade logística e não precarizante (ARAÚJO, 2001).

Por outro lado, a terceirização predatória visa a redução de custos empresariais por meio da exploração de relações precárias de trabalho, caracterizadas eminentemente pela exclusão social do indivíduo terceirizado, em virtude do rebaixamento de salários, da inexistência de isonomia com os não terceirizados e da dissipação da comunidade coletiva obreira, por exemplo.

Em ambos os casos, conforme o DIEESE (1993, p. 5), as principais razões que levam as empresas a terceirizar seriam as seguintes:

- mecanismo para adequar a relação volume produzido x retorno obtido em cada fase do processo produtivo. Desse modo, as fases inicialmente sujeitas à terceirização são aquelas onde a produção mínima não for atingida;
- a unidade “focalizada” tem como clientes potenciais todo o mercado e não apenas outros processos da mesma empresa;
- a focalização tende a diminuir o número de processos de trabalho a serem geridos e, por conseguinte, a diversidade das formas organizacionais correspondentes, facilitando a gestão empresarial;
- as empresas que terceirizam tendem a suportar melhor as crises econômicas em razão da maior facilidade de cortar encomendas do que desfazer-se de ativos;
- a terceirização, se implementada num sistema de parceria comprador e fornecedores, pode significar um aumento do montante total investido em pesquisa, reduzindo os gastos da empresa cliente;
- ao terceirizar e, desse modo, reduzir o número de processos, tem-se como resultado um melhor controle

de custos, desempenho e qualidade, facilitando a gestão da produção e da força de trabalho, reduzindo os custos administrativos e intensificando os fluxos de informação;

- mecanismo para controlar movimentos de trabalhadores;
- tentativa de burlar conquistas sindicais de categorias mais organizadas.

Conforme as três últimas razões citadas acima, observa-se que a terceirização tem como objetivo estrutural precípua, ainda que dissimulado pela ideia de especialização da produção, o intuito finalístico de redução de custos empresariais com o trabalho.

1.2 A “otimização” de custos empresariais como fator degradante da terceirização

A essa conjuntura estrutural que embasa a terceirização, inerente sobretudo aos momentos de crise econômica, centra-se no objetivo primordial de otimização da produção de riquezas. Isto é, levando em consideração a limitação de recursos econômicos e as necessidades cada vez mais ilimitadas da sociedade capitalista, há uma imprescindibilidade em diminuir os custos da atividade empresarial para que essa se mantenha no mercado de alta concorrência. Examinando o que chama de ambiente de trabalho fissurado nos Estados Unidos, Weil (2014, p. 4) explica que “ao afastar o emprego direto, empresas de ponta selecionam dentre múltiplos prestadores de atividades e serviços que antes eram feitos dentro da organização, assim substancialmente reduzindo custos e transferindo as muitas responsabilidades vinculadas ao empregador formal”.

Por meio da prática da terceirização, consegue-se reduzir parte

desses custos, uma vez que a descentralização produtiva implica em diversas modificações do curso convencional do contrato de trabalho. Por exemplo, um trabalhador vinculado a uma determinada empresa tomadora de mão de obra pode, durante tal prestação de serviços para essa empresa, ser empregado direto de diversas prestadoras sucedidas por outras no tempo. Isso implica em decréscimo de valores em FGTS – pois há possibilidade de saque a cada término de pacto com a prestadora –; em pulverização sindical coletiva – pois não há normatização atual no sentido da similitude das categorias terceirizadas pertencerem a mesma categoria profissional dos não terceirizados, o que acaba dissipando diferenças remuneratórias e jurídicas –; por exemplo.

O DIEESE (2014) divulgou dados empíricos que demonstram que a média remuneratória dos trabalhadores terceirizados é menor que a dos obreiros não terceirizados que exercem as mesmas funções. Tal percentual eleva-se ainda mais quando se abrange a categoria especializada dos trabalhadores bancários, quando se afirma que os terceirizados chegam a perceber apenas um terço dos salários dos bancários diretamente contratados.

O DIEESE (2014) aponta ainda que a cada 10 (dez) acidentes de trabalho ocorridos, no Brasil, 07 (sete) envolvem trabalhadores terceirizados. Tal constatação evidencia as más condições de labor a que estão submetidos os empregados contratados via empresa interposta, bem como a intenção precarizante inerente a essas contratações, que apenas vislumbram a redução numérica de custos empresariais, desvinculada, genericamente, de qualquer intenção logística ou necessidade mercantil.

Nesse cenário, observa-se na terceirização a potencialização da precarização do trabalho humano; a violação de direitos fundamentais do trabalho; a diminuição do lapso temporal dos contratos de emprego,

tal como da remuneração; a dificuldade de representatividade coletiva, evidenciada pela desagregação do ser coletivo obreiro; um labor extremamente desprotegido; e também a grande ocorrência de danos à dignidade do trabalhador, mais vulnerável a assédios morais e existenciais.

A terceirização que não é guiada por uma necessidade logística da empresa de descentralizar, ou seja, que meramente busca o não cumprimento de direitos trabalhistas significa uma ameaça mais forte à proteção laboral. Porém, a terceirização, tanto na sua versão estruturante, quando na precarizante, sempre tem como uma de suas razões a redução de custos, inclusive trabalhistas, o que ensejaria eventualmente a diminuição de direitos para os trabalhadores. A proibição da discriminação entre trabalhador terceirizado e trabalhador típico e a responsabilidade solidária podem resultar no aumento do custo da terceirização, que passaria a ser atraente somente no caso de necessidades logísticas da empresa. Esta não é uma estratégia sem riscos, em especial se for pensada em um contexto de permissão geral da terceirização, ou seja, a licitude da terceirização das atividades meio e fim. O maior risco é o da falta de efetividade dessas garantias em um cenário de utilização generalizada da terceirização. Ou seja, para que tal estratégia seja bem sucedida deve-se vislumbrar a possibilidade de um ambiente institucional favorável à efetivação dessas garantias.

2 CLÁUSULA DA NÃO DISCRIMINAÇÃO: IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE TERCEIRIZADOS E NÃO TERCEIRIZADOS

A não discriminação, inclusive a isonomia salarial entre o trabalhador terceirizado e o não terceirizado constitui um meio efetivo para proteger os direitos trabalhistas do trabalhador terceirizado, tanto

no caso da terceirização de serviços – terceirização interna – ou de atividades – terceirização externa. Essa medida, além de minimizar os efeitos precarizantes da disseminação de contratações interpostas, desestimularia a terceirização precarizante ao diminuir o ganho da empresa tomadora. Esse tema, no entanto, parece não ter sido ainda suficientemente examinado pela jurisprudência trabalhista (FRAGALE FILHO, 2015).

Vólia Bomfim Cassar (2014) argumenta não haver exigência legal da cláusula de isonomia entre terceirizados e não terceirizados, exercentes da mesma função. Apesar da não existência de uma regra específica, discorda-se dessa posição em razão da existência de fundamentos normativos para se sustentar a vedação à discriminação desses trabalhadores, tanto no âmbito internacional, quanto interno.

2.1 Fundamentos jurídicos da cláusula de não discriminação

A Declaração de Filadélfia, de 1944, anexada à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reconhece como um dos princípios do direito internacional do trabalho que: “o trabalho não é uma mercadoria”. A Declaração proíbe que o labor humano seja tomado como produto passível de compra e venda ou de barganha entre os detentores dos meios de produção. A Declaração assim afirma que o trabalho deve ser considerado também a partir da sua dimensão humana. No caso da terceirização, que possui um viés eminentemente econômico, essa afirmação é de fundamental importância, pois esclarece o papel a ser desempenhado pelas normas trabalhistas, qual seja evitar que o trabalho seja tratado somente como um item no cálculo dos custos da empresa.

As convenções antidiscriminatórias da OIT constituem

importantes instrumentos para se alcançar esse fim. Conforme a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, a Convenção 100⁷ e a Convenção 111 constituem convenções fundamentais ao garantirem o princípio do fim da discriminação no trabalho. A Convenção 111, ratificada pelo Brasil em 1965, e internalizada em nosso ordenamento pelo Dec. 62.150/68, se aplica bem ao caso dos trabalhadores terceirizados. A norma internacional veda a discriminação no trabalho e proíbe a diferença de tratamento entre trabalhadores de igual situação. Conforme o Artigo 1 da Convenção, discriminação compreende: “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão”. O fato do trabalhador ser ou não terceirizado não autoriza assim tratamento diferenciado pela empresa. É nesse sentido que a Recomendação 198 da OIT, de 2006 no seu Artigo 4b, sobre a Relação de Emprego, estabelece que os Estados devem criar medidas a fim de:

combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que *uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção (OIT, 2006, p. 3) (grifou-se).*

O princípio da igualdade no trabalho é assim garantido

7 A Convenção 100, ratificada pelo Brasil em 1957, e vigente no ordenamento interno conforme o Dec. 41.721/57, estabelece a igualdade de remuneração por trabalho de igual valor para homens e mulheres.

internacionalmente e fundamenta a cláusula de isonomia e de não discriminação. A Convenção 111, ratificada pelo Brasil, é válida internamente, tendo hierarquia supralegal por constituir tratado internacional de direitos humanos. A Constituição Federal, em seus Artigos 3º, IV⁸; 5º, *caput*⁹; e 7º, XXX¹⁰, positiva a cláusula de não discriminação, inclusive em matéria salarial. A interpretação teleológica e axiológica, conforme os aduzidos preceitos constitucionais, proporcionam uma releitura dos estreitos limites impostos para a obtenção da igualdade salarial pela ordem infraconstitucional – art. 461 da CLT¹¹ – e pela jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) – Súmula 6, TST¹².

8 Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

9 Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

10 Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

11 Art. 461: Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

12 Súmula nº 6 do TST: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT. I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000). II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982). III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003). IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou

Isso porque, a igualdade de remuneração deve ser pressuposto a ser perquirido pela ordem jurídica posta, fundada nos argumentos já mencionados, não só na hipótese de equiparação salarial *stricto sensu*, conforme delineado pela legislação infraconstitucional, bem como pela jurisprudência consolidada pelo TST; mas também sempre que o conjunto de atividades exercidas pelo trabalhador corresponda à função exercida por outrem de forma a garantir o cumprimento à cláusula de vedação a qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV da Constituição Federal).

2.2 O salário equitativo e sua aplicação analógica às terceirizações

A doutrina especializada define salário equitativo como a remuneração salarial ou valor nominal do salário de empregados não efetivos da empresa que deve corresponder ao dos empregados definitivos desta, quando relacionados aos obreiros que exerçam as mesmas funções. Tal postulado encontra-se positivado no art. 12, “a”, da Lei 6.019/74, mais conhecida como lei do trabalho temporário.

O trabalho temporário é uma das espécies de terceirização lícita, nos moldes do inciso I da Súmula 6 do C. TST. Se o ordenamento jurídico prevê a isonomia salarial entre trabalhadores contratados por empresa interposta e os contratados diretamente, em um dos casos de

de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato. VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. X - O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.

possível intermediação jurídica de emprego, não há como se falar na ausência de atendimento desse critério não discriminatório quando se tratar dos demais casos de terceirização lícita e, inclusive, nos casos de terceirização ilícita.

Nesse sentido, evoluiu a jurisprudência do TST, resultando na aprovação da Orientação Jurisprudencial 383 da Sessão de Dissídios Individuais I deste Tribunal¹³, segundo a qual o labor por emprego terceirizado, ainda que fora das hipóteses lícitas de intermediação de emprego, na Administração Pública, em que pese não possibilitar o vínculo jurídico-administrativo direto com esta, assegura ao terceirizado as mesmas verbas trabalhistas daqueles obreiros contratados diretamente. Fundamenta-se na aplicação analógica da previsão legal do salário equitativo, prevista na Lei do Trabalho Temporário.

Tal evolução doutrinária e jurisprudencial, apesar de ainda não majoritária, considera que essa extensão da isonomia ou de comunicação remuneratória nas relações terceirizadas *lato sensu*, diretamente, mitiga os caracteres antissociais da terceirização (DELGADO, 2012).

Tal linha de raciocínio também incitou à formulação do Enunciado 16 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹⁴, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados do

13 OJ 383, SDI-I, TST: TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974

14 16. SALÁRIO.

I– SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, *caput*, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

II– TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

Trabalho (ANAMATRA) e realizada no ano de 2007. Referido enunciado deve funcionar como norte jurídico dos intérprete e aplicadores do direito ao caso concreto, eminentemente os magistrados do trabalho quando se deparem em situações que envolvam a terceirização, tanto de mão de obra, quanto de serviços, devendo ser garantida a isonomia salarial ou o salário equitativo, seja qual for a condição do obreiro. Salário equitativo não tem o mesmo significado que equiparação salarial, prescindindo do atendimento da condição da identidade funcional. Delgado, Amorim e Viana (2016) defendem, inclusive, que a aplicação analógica da fórmula prevista na Lei 6.019 não exige tal identidade funcional, sendo bem mais ampla ao prever salário igual para “os da mesma categoria”, de acordo com os princípios da Convenção 100 da OIT.¹⁵

Qualquer futuro projeto de regulação da terceirização no Brasil deve, portanto, prever uma cláusula de não-discriminação entre trabalhador contratado diretamente e o trabalhador terceirizado como forma de evitar a precarização do trabalho do terceirizado. Nesse sentido, é interessante examinar o exemplo da Diretiva da União Europeia 104 (*Temporary Agency Work Directive*), aprovada em 2008, e regulamentada em outubro de 2011. A norma europeia, em seu artigo 5(1) garante a igualdade de tratamento entre trabalhadores agenciados – figura próximo à intermediação de mão de obra instituída no Brasil – e os contratados diretamente, em relação aos termos básicos das condições de emprego. Conforme seu artigo 5(1):

As condições fundamentais de trabalho e emprego dos trabalhadores temporários são, enquanto durar a respectiva cedência ao utilizador, pelo menos iguais às condições que lhes seriam aplicáveis se tivessem

¹⁵ Cf. OIT (2003) e Delgado, Amorim e Viana (2016). No mesmo sentido, Viana (2013).

sido recrutados directamente pelo utilizador para ocuparem a mesma função (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 3).

As condições fundamentais de trabalho e emprego referidas pela diretiva tratam das regras sobre jornada, descanso e remuneração (COUNTOURIS; HORTON, 2009), além de abranger a proteção à maternidade e ao nascituro (PEERS, 2013). Acrescenta-se, aqui, a importância de incluir nesse rol condições de saúde e segurança no trabalho. A diretiva permite importantes exceções à aplicação do princípio – como por exemplo, a possibilidade de se derogar a aplicação do disposto no *caput* do artigo 5 se o Estado garantir um nível de proteção adequado (Artigo 5.4) ao trabalhador empregado por meio de agência. No entanto, a norma constitui um passo definitivo no sentido de proteger trabalhadores atípicos de tratamentos discriminatórios.¹⁶

3 FORMAS DE CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA EM SITUAÇÕES DE TERCEIRIZAÇÃO DEGRADANTE

A nova perspectiva de produção flexível ou *just in time*, propulsionada pelo modelo toyotista de utilização dos meios de produção, baseado na economia de escopo, centra seu regime de contratação na descentralização da produção e subcontratação de empresas e empregados. A superação do padrão fordista voltado para a utilização máxima dos recursos existentes e da predominância do *factory system*, que se caracterizava pela concentração da produção na própria planta industrial (BIGNAMI, 2011), faz surgir um novo modelo de estruturação mercadológica, denominado *sweating system*.

¹⁶ Para uma análise específica sobre a Diretiva 104/2008, ver Peers (2013).

Decorrente da descentralização da produção fabril, da quebra da tradicional relação bilateral de emprego, substituída por relações trilaterais diante de intermediação de produção, os *sweatshops* surgiram por volta da década de 50. Os *sweatshops* designam um ambiente de trabalho inadequado ou perigoso, no qual os trabalhadores são submetidos a condições extenuantes de labor, percebendo baixos salários, expostos a materiais e agentes degradantes. São as verdadeiras “fábricas de suor”, como no caso das facções de costura descentralizadas das empresas mãe ou produtoras ou revendedoras finais na indústria têxtil.¹⁷

O trabalho passa a ser exercido não mais para um empregador e regulado por regras claras, mas passa a fazer parte, nas palavras de Renato Bignami (2014, p. 5), de “uma relação de subcontratação em rede” com “métodos e condições de trabalho, preços de peças, prazos de entrega [...] pressionando o valor do trabalho para baixo e subvertendo a premissa mais elementar da criação germinal do direito do trabalho: a proteção da força de trabalho do homem e sua dignidade”.

Essas terceirizações externas, internacionalmente conhecidas como *outsourcing*, além de irregularmente expandirem a planta industrial, sob argumento de opção logística, escondem o real efeito precarizante da intermediação de atividade finalística do negócio. A responsabilização do empregador ou da empresa que se beneficia, ao final, daquele trabalho é o meio mais efetivo para a desprecarização do trabalho terceirizado. Cabe ao ordenamento jurídico fornecer alternativas jurídicas que possibilitem a responsabilização solidária da tomadora final, uma vez que essa, na grande parte dos casos, é a reclamada que mais detém patrimônio capaz de solver uma futura execução trabalhista. Como observam

17 Como explica Anner (p.21, 2015), “Given its low start-up costs and high competitive pressures, the garment industry is notorious for low wages, outsourcing and precarious employment practices”.

Corrêa e Carvalho (2014, p. 48), “a Justiça do Trabalho tem enfrentado dificuldade para atribuir responsabilidade a essas empresas de tecelagem ou confecções de roupas que se esgueiram na circunstância de serem muitas”. Nesse cenário, apresenta-se duas hipóteses de responsabilização trabalhista das empresas ápices da cadeia produtiva, quando verificada a existência de nexos entre as atividades da tomadora final e as *sweatshops*, seja diretamente, seja via a caracterização de uma constelação de indícios.

3.1 Releitura do conceito de grupo econômico com base na subordinação estrutural, reticular ou integrativa

O art. 2º, § 2º da CLT¹⁸ delinea um conceito clássico de grupo econômico de empresas que demonstram coligação entre si, por vínculos de direção ou coordenação, em relação às atividades exercidas (DELGADO, 2012). Ocorre que tal conceito habitual, respaldado pela realidade do legislador da CLT, em 1943, encontra-se defasado. Além de não ser pensado tendo em vista a possibilidade de emaranhado de empresas prestadoras de serviço ou mão de obra, o dispositivo celetista não leva em conta o nexo de interligação entre as atividades, nem a subordinação ou dependência entre as unidades produtivas.

A tal modelo de grupo econômico designa-se a qualidade de *stricto sensu* por não abranger a realidade corporativa globalizada. Há de ser reinterpretada a norma consolidada, a fim de adequá-la à realidade social, nos moldes, inclusive, delineados pelo art. 5º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro¹⁹ (LINDB).

18 Art. 2º, § 2º da CLT: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

19 Art. 5º, LINDB: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências

Assim, designar-se-á um conceito de grupo econômico *lato sensu*, baseado na organização produtiva em rede ou cadeia, que pode resultar em uma “árvore” de empresas; caracterizado pela conjunção de contratos interligados ou conexos, com vínculo de dependência e subordinação entre as empresas componentes, com o fito da produção final de determinado produto específico para, em regra, uma tomadora de grande porte.

Diante da predominância do modelo toyotista, da produção em massa, bem como da descentralização da mão de obra, o conceito de subordinação jurídica deve evoluir para o que a doutrina denomina de reticular, estrutural ou integrativa. Essa é a subordinação que se traduz “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento” (DELGADO, 2006, p. 667). Tal subordinação estrutural justifica diretamente o conceito contemporâneo de grupo econômico e é capaz de reconhecer a prestação de serviço direta à grande indústria tomadora final do objeto de labor do trabalhador. Isso porque ficam evidenciadas na prestação de serviço, que essa constitui etapa do processo produtivo inerente ao produto final.

Nas facções têxteis, tal situação se delinea perfeitamente quando a tomadora final encaminha para as pequenas oficinas de costuras os moldes de uma peça, uma peça piloto ou mesmo um croqui da modelagem do produto. Não há como afirmar que há uma terceirização lícita nesse processo produtivo, ficando evidente que o obreiro se subordina à grande magazine, a qual deverá ser reconhecida como empregadora direta e responsabilizada conjuntamente com a falsa prestadora, nos

do bem comum.

moldes dos Artigos 9º da CLT²⁰ e 942 do Código Civil de 2002²¹. Como observa Maria Inês Miya Abe, “A responsabilidade solidária prevista nas normas trabalhistas é a resposta adequada para fazer frente a essas formas fragmentadas de produção” (ABE, 2008, p. 126).

3.2 Responsabilidade em cadeia e a teoria da cegueira deliberada

Outra hipótese passível de responsabilização direta da grande tomadora, em conjunto com a suposta “prestadora” é a aplicação da teoria do “avestruz” ou da “cegueira deliberada”, proveniente dos crimes prodrômicos do direito penal, ou seja, aqueles que dependem da ocorrência de outro crime para serem configurados, como por exemplo, o crime de receptação.

A Justiça do Trabalho vem aplicando essa teoria, em especial em ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), para imputar responsabilidade direta do beneficiário final da cadeia produtiva, não só no âmbito do setor têxtil, mas também em qualquer outra atividade que envolva a terceirização material, tal como a indústria da construção civil (FABRE, 2012).²²

A tomadora final, embora algumas vezes não tenha compactuado diretamente com o labor em condições de *sweating system*, assumiu o risco de compactuar com essas condições ao contratar por preços irrisórios ou prazos inexecutáveis, fatores que evidenciaram uma degradação do trabalho humano nessas produções. Pode-se defender aí a aplicação da

20 Art. 9º da CLT: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

21 Art. 942 do CC/02: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

22 Sobre a atuação do MPT o combate à terceirização ver Melo (2013).

teoria da cegueira deliberada quando não restarem bem delineadas as etapas do processo produtivo e ao se vislumbrar que a tomadora final não poderia chegar ao produto final sem necessariamente violar direitos trabalhistas – mesmo que por meio de seus fornecedores.

CONCLUSÃO

A terceirização de serviços e de mão de obra como expressão maior da superação do binômio *taylorista-fordista* dos meios de produção pelo sistema *toyotista* é uma realidade a ser encarada pelos operadores e pelo sistema trabalhista internacional e interno. Não há como se eliminar tal processo de descentralização da produção. No entanto, não se obstam alternativas que minimizem significativamente a precarização ou desregulamentação dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Este estudo propõe a adoção de duas medidas importantes para a proteção legal desses trabalhadores atípicos e que são passíveis de serem tomadas de imediato pelos operadores do direito.

Primeiro, defende-se a igualdade das condições de trabalho entre trabalhadores terceirizados e os diretamente contratados pela tomadora, no que concerne, em especial à jornada, descanso, remuneração, proteção à maternidade e condições de saúde e segurança no trabalho. O estudo propõe a aplicação analógica da cláusula de não discriminação a todos os contratos de trabalho terceirizados da disposição do salário equitativo, prevista no art. 12, “a” da Lei 6.019/74, a qual dispõe sobre uma hipótese lícita de labor terceirizado – o trabalho temporário.

Segundo, dada a gravidade de determinadas hipóteses de terceirização externa, principalmente as que envolvem o labor em *sweating system*, que usurpam condições mínimas de trabalho garantidas

internacional e internamente, propõem-se a responsabilização direta da tomadora final ou grande indústria pelo contrato e seus conseqüentários do obreiro submetido a condições de trabalho degradantes, que afrontam a sua condição de cidadão e sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABE, Maria Inês Miya. **Franchising, tercerização e grupo econômico**: a responsabilidade solidária como instrumento de combate à precarização das relações trabalhistas. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14052012-163149/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

ANNER, Mark. Worker resistance in global supply chains Wildcat strikes, international accords and transnational campaigns. **International Journal of Labour Research**, Genève, v.7, n. 1-2, 2015.

ARAÚJO, Anísio José da Silva. **Paradoxos da modernização**: terceirização e segurança em uma refinaria de petróleo. 2001. Tese (Doutorado em Saúde Pública) Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4476>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

BIGNAMI, Renato. Trabalho escravo na indústria da moda: o sistema do suor como expressão do tráfico de pessoas. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 158, jul. 2014.

_____. Trabalho escravo contemporâneo: o *sweating system* no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel

Napoleão; FAVA, Marcos Neve (organizadores). **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). **Terceirização**: o algóz dos acidentes de trabalho. Disponível em: <<http://cut.org.br/noticias/terceirizacao-o-algoz-dos-acidentes-de-trabalho-925b>> Acesso em: 04 set. 2015.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria geral da administração**. 7. ed. São Paulo: Campus, 2004.

CORRÊA, Lelio Bentes; CARVALHO, Augusto César Leite de. Terceirização no âmbito da empresa privada. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 3657, jul./set. 2014.

COUNTOURIS, N; HORTON, R. The temporary agency work directive: another broken promise? **Ind Law J**, Bloominton, v. 38, n.3, p. 329-228, 2009, Doi: 10.1093/indlaw/dwp015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 70, n. 6, jun. 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos; VIANA, Márcio Túlio. Terceirização : aspectos gerais : a última decisão

do STF e a Súmula n. 331 do TST : novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 1, p.54-84, 15 abr. 2016.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Seminários & Eventos: os trabalhadores e o programa brasileiro da qualidade e produtividade**. São Paulo: DIEESE, 1994.

_____. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. São Paulo: DIEESE, 2014. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-DesenvolvimentoLayout.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

_____. **Os trabalhadores frente à terceirização**. São Paulo: DIEESE, 1993.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: desfordizando a fábrica – um estudo do complexo petroquímico da Bahia**. São Paulo: Boitempo, 1999.

FABRE, Luiz. Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: o princípio do *non-efoulemente* a teoria da cegueira deliberada. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, n. 44, p.44-61, set. 2012.

FRAGALE FILHO, Roberto. Brazilian's fissured workplace: David weil's vignettes in the new world. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Illinois, v. 37, n. 1, p.37-54, 2015.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a terceirização no direito brasileiro. **Boni Juris**, Curitiba, n. 606, p.20-25, maio 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Luís Antônio Camargo de. Terceirização. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Org.). **Trabalho e Justiça Social**: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: Ltr, 2013. p. 166-172.

OIT (Genebra). **La hora de la igualdad en el trabajo: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo**. 2003. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. **Terceirização**: necessidade para a economia, desafio para o direito. São Paulo: Ltr, 2015.

PEERS, Steve, Equal treatment of atypical workers: a new frontier for EU law? **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 32, n. 1, p. 30–56, 2013. DOI:10.1093/yel/yet002.

SILVA, C. L. V. Qualidade de vida no trabalho. 2014. 59 f. Monografia (Especialização em Gestão de Pessoas). Faculdade de Ciências Humanas ESUDA, Recife, 2014. Disponível em: <<http://www.esuda.com.br/biblioteca/monografias/m1011.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**: de 19 de Novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário. Disponível em:< <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/NOT/?uri=CELEX:32008L0104>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Novidades em direito e processo do trabalho**: homenagem aos 70 anos da CLT. São Paulo: Ltr, 2013. p. 209-223.

WEIL, David. **The fissured workplace**: why work became so bad for so many and what can be done to improve it. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014.

Como citar: Bonfim, Brena Késsia Simplício do; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Para além da discussão sobre atividade fim e atividade meio: a igualdade de direitos e a responsabilidade solidária como meios para a proteção do trabalhador terceirizado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.274-305, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p274. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 04/01/2016

Aprovado em 06/06/2016

RESENHAS / REVIEWS

DE SOTO, Hernando. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 15-28.

OS CINCO MISTÉRIOS DO CAPITAL THE FIVE MYSTERIES OF CAPITAL

Rudá Ryuiti Furukita Baptista¹

Como citar: BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. Os cinco mistérios do capital. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.297-300, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p297. ISSN: 2178-8189.

O capítulo 1 do livro “O mistério do capital” do autor Hernando De Soto, tem como tema central o capitalismo. Abordado sob uma perspectiva crítica do capitalismo, extrai-se da parte inicial do capítulo uma contextualização histórica e geográfica dos efeitos do fim da guerra fria. Com a derrota do comunismo, o capitalismo se tornou a única opção, entretanto, depreende-se do texto que as nações do Terceiro Mundo e aquelas que faziam parte do extinto bloco comunista, mesmo se esforçando, foram recompensados por amargas decepções.

Esses resultados negativos na experiência da implantação do capitalismo nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, segundo o autor, começam a se desdobrar em manifestações e murmúrios de alarme, que, embora preocupantes, têm até agora instigado os líderes norte-americanos e europeus tão somente a manter a mesma postura,

¹ Mestrando em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). E-mail: ruda_baptista@hotmail.com.

qual seja, a de relevar os anúncios da crise repetindo para o resto do mundo os mesmos sermões de sempre, baseados na necessidade de ter esperança para que os investidores estrangeiros retornem e coloquem as economias em ordem.

O investimento estrangeiro, assim como o livre comércio, as privatizações das indústrias, assim como tantas outras práticas do capitalismo ocidental, são consideradas boas, mas por quê, mesmo após tentar implantá-las por mais de uma vez, elas não são suficientes para consolidação do capitalismo no Terceiro Mundo? Por que o capitalismo floresce apenas no ocidente, como se isolado em uma redoma de vidro? O que impede o capitalismo de conceder as mesmas riquezas para o Terceiro Mundo?

Para responder estas questões, Hernando de Soto indica que o maior obstáculo para que o resto do mundo seja beneficiado pelo capitalismo é a sua incapacidade de gerar capital, que para o escritor é a força que aumenta a produtividade do trabalho e gera riqueza das nações, é o que garante a base para o progresso, e, talvez, a única que os países pobres do mundo não conseguem produzir para si mesmos.

O autor explicita ainda que, ao longo do desenvolvimento do livro será demonstrado que os dados colhidos para a elaboração da obra tornaram possível perceber que os países do Terceiro Mundo possuem os ativos necessários para transformar o capitalismo em um sucesso. No entanto, estes ativos não respeitam um processo de representação, ou seja, em sua maioria são subcapitalizados, razão pela qual, são considerados “capital morto”.

Para melhor ilustrar a figura do “capital morto”, o escritor elucida que nas nações pertencentes ao Terceiro Mundo e ao extinto bloco comunista os cidadãos tem posses defectivas, ou seja, suas casas

são construídas em propriedades sem registro adequado, suas empresas não são constituídas sob um modelo legal, os equipamentos e estoque não são representados por documentos de propriedade. Estas características impossibilitam que este ativo se torne capital, pois, uma vez sem representação, levam uma vida invisível, e deixam de ser uma base para obtenção de investimento e financiamento, bem como não servem para o mercado de garantias lastreados por títulos de crédito.

Neste ponto, o autor destaca que o mistério do capital, que sugere o nome ao livro, é justamente a incapacidade destes países de produzir o capital suficiente para fazer funcionar o capitalismo doméstico. E, para solucioná-lo, é preciso compreender porque os ocidentais, através da representação de seus ativos por títulos, conseguem visualizar e extrair capital deles.

Nessa linha, elucida, ainda, que a ausência desse processo de representação do capital nas regiões mais pobres do mundo, onde habitam cinco sextos humanidade, não é decorrente de uma conspiração monopolista ocidental. Isto porque, os próprios ocidentais perderam a consciência de que este processo de representação virtual do capital existe.

Destaca que as nações ocidentais integraram com sucesso seus pobres às suas economias que até perderam a lembrança de como fizeram, de como teve início a construção do capital. Por outro lado, elucida que a realidade social dos países do Terceiro Mundo é a mesma dos países ocidentais há um século atrás, marcada por desrespeito a lei e a ocupação ilegal de terras.

Portanto, Hernando de Soto enfatiza que o livro é um esforço de reabrir a exploração da fonte do capital e, conseqüentemente, de buscar uma explicação de como podem ser corrigidos os fracassos econômicos

dos países mais pobres. Para tanto, dividiu o desenvolvimento do livro em cinco mistérios, nos quais o capital se encontra envolvido, e para os quais o leitor deve prestar atenção, a saber: o mistério da informação ausente; o mistério do capital; o mistério da percepção política; as lições esquecidas da história dos EUA; e, o mistério do fracasso legal.

Pela análise do capítulo em destaque, pode-se concluir que a obra é fonte de uma tese poderosa que, ao mesmo tempo, desvenda o mistério da capacidade dos países ocidentais utilizarem de forma produtiva seu ativo, e, elucida soluções para os países do Terceiro Mundo e do antigo bloco comunista aproveitarem seu “capital morto” para a consolidação do capitalismo e para garantirem espaço no mundo globalizado.

Como citar: BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. Os cinco mistérios do capital. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.297-300, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p297. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 21/11/2015

Aprovado em 27/06/2016

RESENHAS / REVIEWS

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. In: **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 23-43.

**FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA MODERNA
REGULAÇÃO ECONÔMICA**
PURPOSES AND GROUNDS OF MODERN ECONOMIC
REGULATION

Renata Calheiros Zarelli¹

Como citar: ZARELLI, Renata Calheiros. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.301-303, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p301. ISSN: 2178-8189.

No primeiro capítulo do livro *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, o autor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto aborda a moderna regulação econômica ocorrida no Brasil na década de 1990, com o intuito de evidenciar a nova forma de intervenção do Estado brasileiro na economia baseada na regulação, com o surgimento das agências reguladoras.

Nos primeiros parágrafos, o autor afirma que o Estado sempre interferiu no domínio econômico, pela edição de leis para ordenar de forma genérica as relações privadas, por meio do poder de polícia, pelo

¹ Aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), Londrina – PR. E-mail: renata.zarelli@gmail.com.

comando das atividades tidas como de serviços públicos, ou ainda da exploração de atividade econômica pelo ente estatal.

Expõe ainda que a justificativa da atuação direta do Estado no domínio econômico era alcançar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ocorre que, as condutas praticadas pelo Estado com fulcro no interesse público impediam a atuação da iniciativa privada em atividades relevantes da economia, bem como ocasionavam insignificante proteção dos administrados, usuários e consumidores, pois, se tratavam de interesses privados irrelevantes para a atuação do Estado.

Em decorrência do esgotamento da capacidade de atuação do Estado, no início de 1990, houve significativas transformações na conduta estatal, especificamente, no fortalecimento do poder regulador do Estado (atividade de regulação estatal), que não deixa de ser uma forma de intervenção do Estado na economia, entretanto, difere da configuração ora realizada, devido a suas características.

A “mediação de interesses”, “articulação dos interesses públicos e os interesses privados”, e, por fim, a “interlocução com os agentes envolvidos no setor regulado” são os principais atributos abordados no diagnóstico do autor no que se refere a forma de regulação estatal.

O autor Floriano considera que a moderna regulação estatal é a busca do equilíbrio entre os interesses privados, sejam de agentes econômicos e consumidores, e, os objetivos estabelecidos pelo Estado como de interesse público. Há uma “mediação de interesses” e “busca de equilíbrio interno” nos setores regulados.

Estabelece a distinção entre os termos *regulação* e *regulamentação*, indicando que, o estabelecimento de normas (atividade normativa) está diretamente relacionado com a atuação de *regulação* do Estado; assim como, as condutas de fiscalização, de incentivo e de

planejamento estão inseridas na atividade de *regulamentação* estatal.

O autor assevera ainda sua opinião com fulcro no art. 174 da Constituição Federal, que admite o Estado-nação na condição de agente de regulação da ordem econômica, sejam nas atividades sujeitas ao regime privado ou naquelas que envolvam serviços públicos.

Por fim, o autor esclarece que não houve uma diminuição da representação do Estado na economia, e sim, uma mutação nos instrumentos de intervenção do Estado, denominada pelo autor como “intervenção regulatória”.

Diante disso, o presente capítulo é de suma importância para o entendimento da modernização do Estado Brasileiro em face da nova perspectiva de interesse público e do crescimento da intervenção do Estado na ordem econômica, o que baseou o surgimento das agências reguladoras como instrumento para o exercício regulatório do Estado.

Como citar: ZARELLI, Renata Calheiros. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.301-303, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p301. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 29/11/2014

Aprovado em 28/06/2016

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.
