

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 21, n. 1, mar. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA





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: 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: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

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

v. 21, n. 1, mar. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor

Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC)

Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP)

Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP)

Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /Espanha)

Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC)

Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile)

Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Bruna Migliaccio Setti, Eliane Maria da Silva Jovanovich, Isabela Cristina Sabo,

José Ricardo Suter, Laudicena de Fátima Ribeiro, Luana Michalski de Almeida Bertolla,

Marcilei Gorini Pivato, Rafael Duarte de Salvi.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Adriana Silva Maillart (UNINOVE/SP)

Alfredo Sierra Herrero (Universidad de los Andes/

Colômbia)

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (UFRJ/RJ)

Carlos Nelson de Paula Konder (UERJ/RJ)

Daiane Moura de Aguiar (UNISINOS/RS)

Eloi Martins Senhoras (UFRR/RR)

Elcio Nacur Rezende (Dom Helder Câmara/MG)

Eloy Pereira Lemos Junior (UIT/MG)

Emilio Alfonso Garrote Campillay (Universidad de

Atacama/Chile)

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (FIAETPP/SP)

José Soares Filho (UNICAP/PE)

Márcio Ricardo Staffen (IMED/RS)

Marcos Vinício Chein Feres (UFJF/MG)

Ricardo Soares Stersi dos Santos (UFSC/SC)

Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)

Ronaldo Lindimar José Marton (UCB/DF)

Silvio Romero Beltrão (UFPE/PE)

Soraya Regina Gasparetto Lunardi (ITE/SP)

Sérgio Tibiriçá Amaral (Centro Universitário Antônio

Eufrásio de Toledo/SP)

Welber de Oliveira Barral (UFSC/SC)

Yasna Elizabeth Otarola Espinoza (Universidad Central de

Chile/Chile)

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	7
LA COSA JUZGADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA EXPANSIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS	9
THE RES JUDICATA AS FUNDAMENTAL RIGHT: ELEMENTS FOR A CRITIQUE OF THE EXPANSION'S DOCTRINE OF THE CONSTITUTIONAL RIGHTS	
<i>Priscila Machado Martins</i>	
BRAZIL AND GERMANY: A BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS APPROACH TO STANDARD FORM CONTRACTS. 31	
BRASIL E ALEMANHA: UMA ABORDAGEM COMPORTAMENTAL DOS CONTRATOS DE ADESÃO	
<i>Maiara Giorgi e Haide Maria Hupffer</i>	
NOTAS SOBRE O TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E O ARTIGO 407 DO CÓDIGO CIVIL	55
NOTES ON THE DEFAULT INTEREST'S INITIAL TERM AND THE BRAZILIAN CIVIL CODE'S ARTICLE 407	
<i>Gustavo Tepedino e Francisco Viégas</i>	
HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA: REFLEXOS DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE	87
HOMOLOGATION OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: REFLECTIONS OF THE NEW YORK CONVENTION.	
<i>Roger Moreira Soares e Gustavo Filipe Barbosa Garcia</i>	
APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRAGEM NO CONTRATO DE FRANQUIA	125
NOTES ON ARBITRATION IN THE FRANCHISE ARRANGEMENT	
<i>Higor da Silva Biana e Leonardo da Silva Sant'Anna</i>	
VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NO CONTRATO EXISTENCIAL DE CONSUMO	155
VULNERABILITY AND ECONOMIC DEFICIENCY IN CONSUMER EXISTENTIALIST CONTRACTS	
<i>Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Rafael Ferreira Bizelli e Vinícius Cesar Félix</i>	

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: O PROCEDIMENTO PARA ALÉM DA DESJUDICIALIZAÇÃO	189
EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION [USUCAPTION]: THE PROCESS FOR GOING BEYOND THE REDUCTION OF JUDICIAL INVOLVEMENT	

Lucas Abreu Barroso e Brígida Roldi Passamani

O PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO: A FUNÇÃO SOLIDÁRIA E SUSTENTABILIDADE DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	212
THE FULL EMPLOYMENT PRINCIPLE: THE SOCIAL ROLE OF SOLIDARY AND SUSTAINABILITY OF COMPANIES	

Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins

A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO: LIBERALISMO E REPUBLICANISMO	245
OVERCOMING THE CLASSIC PARADIGM OF LEGAL TRANSACTIONS: LIBERALISM AND REPUBLICANISM	

Marcos Antônio Striquer Soares e Renata Capriolli Zocatelli Queiroz Passi

A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO DE UMA GOVERNANÇA GLOBAL DO E-COMMERCE	269
THE NECESSITY OF DEVELOPING AN E-COMMERCE GLOBAL GOVERNANCE	

Luana da Costa Leão e Tarcisio Teixeira

RESENHAS / REVIEWS

UMA CRÍTICA À EXISTÊNCIA DO ESTADO	298
CRITICAL TO THE STATE'S EXISTENCE	

Heron José Castro Oliveira

INSTRUÇÕES AOS AUTORES	303
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Neste ano de 2017 comemoramos 20 anos da Revista Scientia Iuris! Desde a sua primeira publicação, em 1997, ela vem trilhando o caminho de propiciar suporte aos pesquisadores do Direito que desejam partilhar seus estudos com a comunidade científica e de democratizar o conhecimento.

A comemoração não para por aí. Na busca pela excelência em pesquisa científica, o número 1 da edição 21, ampliou o Conselho Consultivo, com a participação de avaliadores estrangeiros, e publica dois artigos internacionais: “La cosa juzgada como derecho fundamental: elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos” e “Brazil and Germany: a behavioral law and economics approach to standard form contracts”.

Além destes, este número traz para os nossos leitores temas instigantes como contratos existenciais de consumo, arbitragem no contrato de franquia, função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias, usucapião extrajudicial, homologação de sentença arbitral estrangeira, termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil, bem como e-commerce e governança global.

Agradecemos, reiteradamente, as valiosas

contribuições dos autores, essenciais no propósito de disseminar o conhecimento científico, bem como dos colaboradores, corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito Negocial, da graduação em direito e dos funcionários da Biblioteca Central da UEL, que com desprendimento, muita dedicação e compromisso não medem esforços em contribuir para o sucesso de nossas publicações.

Assim, convidamos todos a comemorar conosco, partilhando do conhecimento que foi preparado com muito carinho pela nossa Equipe.

Excelente leitura!
Conselho Editorial

**LA COSA JUZGADA COMO DERECHO
FUNDAMENTAL: ELEMENTOS PARA
UNA CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA
EXPANSIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD DE
LOS DERECHOS**

THE *RES JUDICATA* AS FUNDAMENTAL
RIGHT: ELEMENTS FOR A CRITIQUE OF
THE EXPANSION'S DOCTRINE OF THE
CONSTITUTIONAL RIGHTS

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Profesora de Derecho Procesal y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Central de Chile. E-mail: priscila.machado@ucentral.cl.

Priscila Machado Martins*

Como citar: MARTINS, Priscila Machado. La cosa juzgada como derecho fundamental: elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.9-30, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p9. ISSN: 2178-8189.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto entregar algunos criterios para la elaboración de una crítica a la extensión de fundamentalidad al instituto de la cosa juzgada. Para ello, lo cual se ha optado por revisar la visión que defiende la naturaleza constitucional del instituto, que corresponde a aquella que entiende que la cosa juzgada es garantía de la seguridad jurídica, y por esto integraría la categoría de los derechos fundamentales. En un segundo momento,

se analiza la relación entre cosa juzgada y jurisdicción, para entonces establecer si el instituto de la cosa juzgada es revestido de fundamentabilidad. De este modo, el presente trabajo busca presentar la crítica actual de que la inflación de derechos fundamentales termina por debilitar su fuerza de exigencia.

Palabras clave: Cosa juzgada. Derechos fundamentales. Seguridad jurídica.

Abstract: The present article aims to provide some criteria for the elaboration of a critique of the extension of fundamentality to the institute of *res judicata*. For this, which has chosen to revise the vision that defends the constitutional nature of the institute, which corresponds to the one who understands that the thing judged is a guarantee of legal security, and for this would integrate the category of fundamental rights. In a second moment, the relationship between *res judicata* and jurisdiction is analyzed, to then establish if the institute of *res judicata* is covered with substantiality. In this way, the present work seeks to present the current criticism that the inflation of fundamental rights ends up weakening its force of exigency.

Keywords: *Res judicata*. Constitutional rights. Rule of law.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento legal de la cosa juzgada como derecho fundamental es una excepcionalidad atribuida a pocos ordenamientos jurídicos, y en especial al derecho brasileño, según el artículo 5º, inciso XXXVI de la Constitución Federal de Brasil. Sin embargo, muchos otros sistemas normativos dan un tratamiento al instituto desde una perspectiva constitucional. Algunos autores defienden el carácter fundamental de la cosa juzgada frente a su relación con la seguridad jurídica, garantía esta de la dignidad de la persona humana. Cierto es que la discusión sobre la naturaleza de orden constitucional y de la fundamentalidad de la cosa juzgada no es unánime.

No obstante, la tesis que acá se defiende no es aquella propia del derecho brasileño y portugués sobre la flexibilización de la cosa juzgada inconstitucional, sino que el trabajo está focalizado en establecer si es posible concebir el instituto de la cosa juzgada como un derecho fundamental y cuales son las consecuencias de esta extensión de fundamentalidad a dicho instituto.

Para esto, se analiza la relación entre el poder jurisdiccional y la cosa juzgada, para entonces definir la naturaleza de esta relación. Para que se pueda hablar sobre la cosa juzgada es necesario, preliminarmente, delinear un análisis sobre su vinculación con la naturaleza de la jurisdicción. Esto porque, para algunos doctrinadores como Enrico Allorio (1957), la cosa juzgada es presupuesto indispensable de la jurisdicción y del proceso.

Enrico Allorio (1957, p. 32 y ss.) entiende que existe una correlación necesaria e indisoluble entre la jurisdicción y la cosa juzgada, una vez que la actividad jurisdiccional viene, como actividad del Estado,

definida como aquella por la cual resulta la formación de la cosa juzgada. Por otro lado, y más contemporáneo, Marinoni entiende que la cosa juzgada es el elemento final del discurso jurídico, y que para que el proceso sea un discurso y pueda ejercer su función de tutelar derechos, es necesario que llegue a un fin, esto es, que en definitiva, tenga un punto final. Marinoni (2008, p. 61) asegura que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional significa, además de derecho a una decisión que resuelva el litigio llevando en consideración los argumentos y pruebas y, de derecho a la preordenación de las técnicas procesales idóneas para la obtención de una tutela jurisdiccional indiscutible e inmutable.

Frente a la característica de pretensión de definitividad de la jurisdicción, el argumento de que esta necesita de la cosa juzgada para afirmarse como autoridad imperativa, no está exenta de críticas. En la secuencia, analizaremos cada una de estas posibles críticas, hasta llegar a la tesis de la extensión de fundamentalidad al instituto de la cosa juzgada y la inflación de derechos fundamentales como paradojas de la teoría de los derechos fundamentales.

1 LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE COSA JUZGADA

El modelo liberal defendía la concepción de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho alumbrado por el racionalismo ilustrado y que fue llevado en sus últimas consecuencias por el positivismo jurídico, que giraba en torno de la subordinación del juez a la ley.

En esta visión, además de ser respetuosa con el principio democrático, la separación de poderes y la protección de la libertad, este modelo ofrecía la máxima satisfacción de la seguridad jurídica, una

vez que garantizaba la previsibilidad y la ausencia de arbitrariedad. El principio de legalidad, en esta perspectiva, presuponía una ley completa, coherente y clara, de la que fuese posible deducir las normas necesarias para ofrecer una solución correcta para cada caso que se presentara. Las contradicciones, lagunas o oscuridades, serían desde este punto de vista, sólo aparentes, ya que el mismo ordenamiento jurídico contenía medios idóneos para subsanarlas: la analogía, los criterios para solucionar las antinomias, los criterios de interpretación, etc.

Se trata de una seguridad jurídica profundamente vinculada al proceso de racionalización jurídico-formal llevado a cabo por el Estado y que llegará a su máxima expresión en los códigos decimonónicos. La seguridad jurídica radicaba en la existencia de un Derecho codificado, como un proceso orientado a dotar de objetividad y formalización a los esquemas prácticos por los que guiamos nuestras conductas (ARCOS RAMÍREZ, 2000, p. 203).

Dentro de esta concepción liberal se encuentra la visión monista o sincretista, que entendía que la cosa juzgada incidía directamente en la esfera del derecho sustancial, poniéndose como una nueva fuente, un nuevo ladrillo de reglamentación de la relación establecida en juicio, creando nueva norma jurídica (VELLANI, 1958, p. 91).

En la discusión italiana, el principal exponente de la concepción monista de la naturaleza de la cosa juzgada es Carnelutti (1925, p. 453 y ss.), el cual dio la precisión de que la sentencia comportaba la emanación del comando complementar destinado a integrar la norma en el caso concreto. Sucesivamente la teoría sustancial de la cosa juzgada fue sostenida de modo aún más ortodoxo por Allorio (1935, p. 215 y ss.), Redenti (1950, p. 697), y posteriormente por Vellani (1958, p. 88 y ss.) y Busnelli (1961, p. 1317). Para Carnelutti (1925, p. 453 y ss.),

la sentencia crea una regla o norma individual para el caso concreto, que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, siendo esta la base de la concepción monista o constitutiva.

La necesidad de reconocer la cosa juzgada como integrante del derecho material, o confundir el derecho material con el derecho procesal, era exactamente buscar que con esto la cosa juzgada pudiera corresponder a la seguridad jurídica. En esta concepción liberal, la cosa juzgada era sinónimo de seguridad jurídica, una vez que era instrumento de integración del derecho material.

2 LA CONCEPCIÓN QUE DEFIENDE LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL AL INSTITUTO DE LA COSA JUZGADA

La concepción neoconstitucionalista de seguridad jurídica no se distingue tanto de la concepción liberal, pues mantiene el foco en la seguridad jurídica. Para esta visión, la seguridad jurídica es una exigencia fundamental para proporcionar claridad, precisión y estabilidad a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, sin la cual no sería posible viabilizar la paz social. Esta debe proporcionar una cierta constancia de las relaciones jurídicas y del orden jurídico como tal.

Un Estado de Derecho solamente existe en la medida que reconoce la existencia de normas que lo rige. Las reglas en este modelo de Estado deben necesariamente ser previamente definidas y moldeadas de manera que exista una coherencia jurídica capaz de generar seguridad y confiabilidad a los ciudadanos acerca del planeamiento de sus conductas y del Derecho exigible. Neil Maccormick (2008, p. 17) entiende que “[...] todo esto establece una moldura capaz de proporcionar previsibilidad en la vida de las personas y razonable protección contra intervenciones

arbitrarias tanto de los agente públicos como de ciudadanos”.

El profesor portugués J.J. Gomes Canotilho (1991, p. 374), nos recuerda que los principios de seguridad y de confianza jurídica son inherentes al Estado de Derecho, ocasionando una dimensión objetiva del orden jurídico, cual sea, “[...] la durabilidad y permanencia del propio orden jurídico, de la paz jurídico social y de las situaciones jurídicas”. Para el referido jurista, los principios de la protección de la confianza y de la seguridad jurídica pueden formularse así: el ciudadano debe poder confiar en que a los actos o a las decisiones públicas incidentes sobre sus derechos, posiciones jurídicas y relaciones, practicados o tomados de acuerdo con las normas jurídicas vigentes, se conectan efectos jurídicos duraderos, previstos o calculados con base en las mismas normas (CANOTILHO, 1991, p. 373).

La seguridad jurídica exige la confiabilidad, claridad, racionalidad y transparencia de los actos del poder público, como también la seguridad de cada individuo en lo que atañe a su autonomía y a los efectos jurídicos de sus actos. En este sentido, exige una cierta continuidad del Derecho, de manera objetiva, y en consecuencia, una seguridad subjetiva de la protección de la confianza del ciudadano de continuidad del orden jurídico, para seguridad individual de su posición jurídica (ROSA TESHEINER, 2002, p. 79 y ss.).

En este contexto, la seguridad jurídica, es el mínimo existencial y condición para una organización libre, igual y solidaria. Ella hace posible la vida en sociedad con garantías y la posibilidad de comunicación con los demás individuos de la sociedad, sin sobresaltos, temor o incertidumbres (PECES-BARBA; FERNÁNDEZ; DE ASÍS; 2000, p. 325). Por otra parte, cada individuo que compone la sociedad necesita que el Estado y los terceros actúen conforme a lo determinado por el

Derecho, surgiendo como correlato al incumplimiento, el derecho a la proposición de las medidas judiciales para la efectivación de la tutela. La seguridad jurídica asimismo es de gran importancia para que cada ciudadano pueda determinar su propio comportamiento y conocer las consecuencias de sus acciones.

La concepción que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental implica en reconocer que la seguridad es indisociable de la concepción de dignidad de la persona humana. En un Estado donde existe inestabilidad jurídica, provoca que los individuos no se encuentren en condiciones de confiar en las instituciones públicas y sociales, incluyendo el Derecho, y una cierta inestabilidad de su propia condición jurídica, ofende directamente el derecho a la dignidad de la persona humana.

Desde este punto de vista, la dignidad de la persona humana como una cualidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona contra todo y cualquier acto de naturaleza degradante y deshumano, la garantía de condiciones mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y de la vida en comunión con otros seres humanos (SARLET, 2002, p. 62), no podrá ser respetada en un ordenamiento en que reina la inestabilidad jurídica, y en consecuencia no le sea garantizado un mínimo de seguridad y tranquilidad, donde pueda confiar en las instituciones estatales y sociales, considerando el Derecho, y una estabilidad de su posición y condición jurídica en dicho orden jurídico.

Para el calificativo fundamental está la indicación de que se trata de situaciones sin las cuales la persona humana no se realiza, no

convive; derechos fundamentales del hombre, en el sentido de que todos los individuos, por igual, deben ser, no sólo formalmente reconocidos, sino concreta y materialmente efectivados (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 157).

La visión que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental afirma que el instituto de la cosa juzgada es un elemento de existencia del Estado Democrático y un derecho fundamental del individuo, correlativo al derecho fundamental a la seguridad jurídica. Urge traer a la discusión las consideraciones de Nelson Nery Junior (2004, p. 44) que asevera que cuando se dice intangibilidad de la cosa juzgada, no se debe dar al instituto tratamiento jurídico inferior, de mera figura del proceso civil, reglamentada por ley ordinaria, sino, al contrario, debe imponerse el reconocimiento de la cosa juzgada con la magnitud constitucional que le es propia, o sea, elemento formador del estado democrático de derecho.

Dicho concepto, en esta visión, gozaría de prestigio constitucional, pues aseguraría la estabilidad de las relaciones sociales normadas por la sentencia de mérito firme, integrando el concepto de dignidad de la persona humana. Según las palabras de Endicott (2006, p. 286), “[...] la terminación de la adjudicación es una condición del imperio de la ley. Los ciudadanos pueden actuar de acuerdo a Derecho incluso sin estar obligados a ello. Pero no pueden actuar de acuerdo Derecho en la medida en que las disputas jurídicas no tienen final”.

De este modo, para la tesis que defiende la fundamentalidad de la cosa juzgada, esta es el instituto jurídico que integra el contenido del derecho fundamental a la seguridad jurídica, asegurado en todo Estado Democrático de Derecho. Garantiza al ciudadano que la decisión final dada a su demanda será definitiva, no pudiendo ser otra vez discutida,

alterada o irrespetada, sea por las partes o por el propio poder judicial.

En Chile, Hugo Pereira Anabalón (1997, p. 34) en defensa del reconocimiento de la cosa juzgada como derecho fundamental, entiende que la sentencia firme o ejecutoriada, al declarar jurisdiccionalmente un derecho, lo hace inmutable o inmodificable por todos, incluyendo los poderes ajenos o extraños a la jurisdicción, sin duda, se constituye en un factor de contención y un límite al ejercicio de estos otros poderes: se aloja, por tanto, en ese dispositivo para el control del proceso del poder que es la Constitución.

La cosa juzgada fue constitucionalmente protegida en algunos países de la América Latina, como el artículo 29 de la Constitución de Colombia, o como en Perú, en el artículo 139, donde establece en su n. 13 que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Por otro lado, como podemos denotar en el derecho italiano, la cosa juzgada está revestida de protección constitucional, mismo que no tenga sido aprobado el texto propuesto en la Asamblea Constituyente italiana, en referencia al artículo 104, según el cual determinaba que “[...] la sentencia no más sujeta a impugnación de cualquier especie no puede ser anulada o modificada, incluso por acto legislativo, salvo en el caso de la ley penal abrogativa o de amnistía, gracia y perdón” (CAPONI, 2009, p. 2828).

3 LA RELACIÓN ENTRE LA COSA JUZGADA Y LA JURISDICCIÓN

Por otro lado, cuando se afirma que la cosa juzgada es un

instituto que tiene fundamento en la seguridad jurídica y que en este sentido es la garantía de la estabilidad de la decisión, queremos decir que esta seguridad puede existir independientemente de la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico no necesita únicamente de la cosa juzgada para la protección de la seguridad jurídica. Muchos otros institutos de derecho procesal pueden actuar de este modo, como por ejemplo, la preclusión y el desasimio del tribunal y de algún modo el precedente. Todos estos institutos, así como la cosa juzgada, tratan de asegurar la garantía a la seguridad jurídica.

Por otro lado, las decisiones jurisdiccionales que juzgan los conflictos, y así ponen fin a los procesos, son revestidas de los atributos de la definitividad o son dotadas de las características de la indiscutibilidad o de la inmutabilidad. La existencia de conflictos entre los individuos de determinada sociedad y la imposibilidad de los propios ciudadanos realizaren justicia con las propias manos, obliga al Estado a manifestar su poder jurisdiccional. Este poder es un poder indispensable a la estabilidad de la vida social, que de otro modo terminaría por ser constituida de conflictos interminables (MARINONI, 2008, p. 130).

Luiz Guilherme Marinoni, Álvaro Pérez Ragone y Raúl Núñez Ojeda (2010, p. 129) explican que la sociedad precisa de la jurisdicción, no sólo porque los ciudadanos no tienen condiciones de auto-resolver sus conflictos, sino especialmente porque una sociedad, en la cual están presentes conflictos de toda clase, obviamente no puede desarrollarse armónicamente. Por eso, la jurisdicción no es sólo un medio de resolver litigios, sino, fundamentalmente, una manifestación estatal para eliminarlos, o mejor, a solucionarlos definitivamente, haciendo que los propios interesados reconozcan su fin.

Esta característica de la jurisdicción de definitividad es lo que

promueve la defensa de la naturaleza constitucional de la cosa juzgada. Pero ¿efectivamente es la cosa juzgada un derecho fundamental por asegurar la seguridad jurídica?

Como antes mencionado, la función de garantía de la seguridad jurídica por si sola no hace que determinado instituto se revista de fundamentalidad. De hecho, la cosa juzgada no es necesariamente un resultado de la jurisdicción. Dos juristas italianos de destaque defendían esta posición: Giuseppe Chiovenda y Enrico Tullio Liebman.

Chiovenda (1993, p. 400) afirmaba que “[...] es importante no nos olvidarnos nunca de esta simple consideración: la verdad que puede ser confirmada en recentísimos estudios sobre derecho antiguo, que revelan, por ejemplo, en las orígenes del derecho noruego, ser completamente ignorado el principio de la cosa juzgada”. Y en otra oportunidad, el referido maestro italiano mencionaba que la cosa juzgada no es absoluta ni necesaria, dependiendo de razones de conveniencia y oportunidad, porque existe una relación natural entre la amplia cognición y la cosa juzgada (CHIOVENDA, 1993, p. 399-400).

Liebman (1984, p. 34-35), por otro lado, cuando discurre sobre la separación conceptual entre la cosa juzgada y los efectos de la sentencia, afirma que para pensar diversamente, deberíamos sostener que la cosa juzgada fuera carácter esencial y necesario de la actividad jurisdiccional y, por lo tanto, imposible imaginar el efecto de la sentencia independientemente de la cosa juzgada. Tanto esto es cierto (la separación entre cosa juzgada y los efectos de la sentencia) que hay ejemplos de procesos antiguos en que era la sentencia infinitamente recurrible; y aun hoy, según el derecho canónico, las sentencia en materia de estado no logran jamás la autoridad de cosa juzgada.

Teresa Wambier y Garcia Medina (2003, p. 20) igualmente

reconocen la independencia de los institutos, defendiendo que “[...] la idea de la cosa juzgada hoy está conectada como regla general a de la jurisdicción. Esta conexión existe como regla general, sin embargo, sea concebible no solamente decisión jurisdiccional, como también la propia función jurisdiccional, sin cosa juzgada”.

Así, la cosa juzgada no está ontológicamente conectada al ejercicio de la jurisdicción. Corroborando con lo que acá se defiende, Remo Caponi (2011, p. 13) explica que “[...] la tutela jurisdiccional del derecho se realiza hoy principalmente a través de la eficacia imperativa de la prestación jurisdiccional y no conduce necesariamente a la cosa juzgada”. La cosa juzgada en este sentido no tiene por fin la tutela de los derechos, como lo es la finalidad de la jurisdicción, sino más bien la permanencia y la estabilidad de esta tutela en el tiempo.

Este pensamiento es avalado por las consideraciones de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (2014, p. 905), quien afirma que la cosa juzgada no está ontológicamente conectada al ejercicio de la jurisdicción, por lo que es necesario establecer en que nivel se firma esta relación. Según nuestro modo de ver, este vínculo es teleológico, pues la adopción de la cosa juzgada por los ordenamientos jurídicos visa la preservación de valores socialmente relevantes.

También el profesor italiano Francesco P. Luiso (2010, p. 99-107) asevera que no es en absoluto cierto, entonces, que a ella [la jurisdicción] sólo le compete aquella fuerza, la fuerza de cosa juzgada, idónea para agotar cada potestad de juicio sobre aquel específico fragmento de vida y a romper de modo irreversible y para todos los efectos el nexo entre la hipótesis de hecho concreta y aquella abstracta. Esto porque, para el referido autor, el mismo resultado es conseguido también por la transacción.

Sonia Calaza López (2009, p. 74) explica que los actos de finalización del proceso mediante la disposición subjetiva de la pretensión, como la renuncia a la acción y el allanamiento, resueltos mediante sentencia, o, en su caso la transacción y la conciliación, resueltos mediante auto de homologación judicial de los acuerdos adoptados por las partes, también producen entre las partes plenos efectos de cosa juzgada.

De este modo, no es posible la definición de la jurisdicción en referencia a la formación o no de la cosa juzgada, pues otros institutos pueden determinar la definitividad de la jurisdicción.

4 ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA HACIA LA DEFENSA DE LA COSA JUZGADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Uno de los primeros argumentos que utiliza la doctrina para la defensa de la cosa juzgada como derecho fundamental es de que la decisión judicial no tendría fuerza entre las partes, si no hubiera intrínsecamente, la seguridad de que aquella situación no sería más discutida (MARINONI, 2008). Frente a este argumento se puede afirmar que, en referencia a Remo Caponi (2011), que la cosa juzgada no tiene por finalidad la tutela de los derechos, sino que la permanencia de este en el tiempo. Es la sentencia, por su fuerza imperativa, puede tutelar los derechos por medio de la ejecución provisoria, por medio de la homologación de la conciliación y la transacción. La cosa juzgada es solamente la garantía de que esta tutela pueda mantenerse en el tiempo.

Igualmente, la posición que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental, ignora la posibilidad de la formación de la cosa juzgada *secudum eventus litis*, siendo que en relación a un resultado

habría la formación de la cosa juzgada y frente a otro resultado no, como en los casos de decisiones de derechos colectivos, y en el caso de Chile, el del artículo 54 de la Ley de Protección al Consumidor, n° 19.955, que establece que “[...] la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes, con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse conforme al número 2) del inciso final del artículo 53, y de los casos en que se efectúe la reserva de derechos que admite el mismo artículo”.

Otro argumento utilizado por aquellos que defienden la naturaleza constitucional de la cosa juzgada se encuentra en afirmación de que la garantía de la cosa juzgada representa un verdadero blindaje (PORTO, 2006). En referencia a este argumento, a mucho tiempo se defiende que la cosa juzgada como blindaje es un mito, no más defensible en la época moderna (NIEVA FENOLL, 2010). La jurisdicción, actualmente mucho más preocupada con el resguardo del debido proceso y la participación de las partes, impone que la cosa juzgada esté relacionada con las condiciones en que se estableció el contradictorio, pues solo pueden ser inmutables las decisiones que observaron dicho principio (SOARES, 2009).

No obstante, Habermas entiende que frente al Estado Constitucional, el modelo clásico de ley desaparece y, junto a leyes clásicas, surge un amplio espectro de formas jurídicas: leyes especiales, leyes temporales experimentales, directivas de regulación amplia, conceptos jurídicos indeterminados, etc. A ello debe añadirse la crisis de la concepción clásica de la separación de los poderes y a la falta de control de constitucionalidad sobre la actuación de la Administración.

Al asumir la regulación de esferas más complejas de la vida social, los legisladores se ven obligados a apoyarse en amplios

resultados, en delegaciones de poder orientadas a la consecución de objetivos y estándares jurídicos vagos. En este modelo, aparece un Derecho desformalizado, con flexibilidad para que la Administración y los tribunales ejerzan sus funciones frente a los diferentes problemas propios del capitalismo actual.

Habermas (1996, p. 431-435) sostiene que el deterioro de la formalidad del Derecho, que el menoscabo de su seguridad, contribuyó a hacer posible el Estado del Bienestar, sin que ello suponga una pérdida de legitimidad del Derecho. Estima el referido autor que, no es la forma semántica de las normas jurídicas sino su forma de elaboración, el elemento clave de la racionalidad y legitimidad jurídica del Estado de Derecho, y lo que permite hablar de una verdadera legitimidad por medio del procedimiento.

De este modo, la cosa juzgada no es garantía de legitimidad porque torna el derecho o la tutela efectiva inmodificable, sino que la cosa juzgada se traduce en el respeto o una de las características del debido proceso. La cosa juzgada en este sentido gana una connotación esencialmente instrumental al derecho material, y un de los derechos que forman el debido proceso legal (HABERMAS, 1989, p. 178-180 y 225).

5 EL PROBLEMA DE LA EXTENSIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD AL INSTITUTO DE LA COSA JUZGADA

Desde hace tiempo, los ordenamientos jurídicos tienen minado la esencia del Derecho, con la superinflación de derechos fundamentales. Cualquiera hoy puede formular una reivindicación presentándola bajo la definición de “derecho fundamental”. A cada reforma legislativa o

constitucional se van introduciendo en los ordenamientos jurídicos un nuevo inventario de derechos fundamentales, para concretizar aquellos derechos anteriormente no concretizados.

Este fenómeno de multiplicación de los derechos fundamentales representa una paradoja sobre la esencia de ellos: su naturaleza principal, necesaria, fundamental. Más concretamente, Francisco Laporta (1987), utiliza la figura de las paradojas para describir determinadas dificultades con las que se encuentra en la actualidad la filosofía de los derechos fundamentales. Señala como se está produciendo un fenómeno caracterizado por el aumento del número de derechos a los que se añade el calificativo de fundamentales. Esta circunstancia, según el referido profesor, plantea una paradoja, que podríamos denominar como de la multiplicación, cuyo significado es reconducible a la idea de que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de los derechos que la justifiquen adecuadamente.

Por otro lado el profesor Jorge Iván Hübner Gallo (1993, p. 90) advierte que este último punto adquiere especial importancia en una época, como la nuestra, en la que estamos presenciando una acelerada y creciente inflación de tales derechos. Hoy en día, se tiende frecuentemente a atribuir a cualquier tipo de aspiraciones, más o menos justificadas, el carácter de derechos fundamentales, con lo que se las reviste de un prestigio que no les corresponde y se les otorga el aparente sellos de unas exigencias insoslayables.

De estas consideraciones proviene la pregunta, ¿cuáles son las ventajas en elevar a la categoría de fundamental el derecho a la cosa juzgada? Si es así, ¿todas las decisiones jurisdiccionales tienen que estar

revestidas de la protección de la cosa juzgada, y en este sentido la cosa juzgada material?

Lógicamente que la respuesta debe ser negativa. No todas las decisiones definitivas proferidas por el poder jurisdiccional deben estar cubiertas por los efectos de la cosa juzgada (material), al ejemplo de los procedimientos no contenciosos y la formación de la cosa juzgada formal en los procedimientos sumarios. Pero aún persiste la pregunta sobre si es necesaria la categoría de fundamental a la cosa juzgada. Actualmente, la cosa juzgada está relativizada sea frente a los procedimientos de tutela rápida, donde se formaría la cosa juzgada formal o frente a la cosa juzgada “inconstitucional”.

Robert Alexy (2008, p. 239) destaca que “[...] los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse, sino sólo intereses y necesidades fundamentales”. Como vimos anteriormente, la relación entre la cosa juzgada y la jurisdicción no es de naturaleza ontológica, y en este sentido, la actividad jurisdiccional puede no resultar en la formación del referido instituto.

Esta posibilidad de relación entre el tipo de procedimiento, de cognición o la posibilidad de participación de las partes en la formación de la decisión, influyen lo que podrá o no estar revestido por la cosa juzgada. Esta variación en su aplicación revela una ausencia en si misma de fundamentalidad. De este modo, entendemos no ser posible considerar el instituto de la cosa juzgada como derecho fundamental, frente a la ausencia de fundamentalidad, propia de tales derechos.

CONCLUSIONES

El centro de nuestro estudio es la naturaleza del derecho a la cosa

juzgada y si esta posee el carácter de derecho fundamental. La visión que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental entiende que el instituto de la cosa juzgada es un elemento de existencia del Estado Democrático y un derecho fundamental del individuo, correlativo al derecho fundamental a la seguridad jurídica. Como antes mencionado, la función de garantía de la seguridad jurídica por si sola no hace que determinado instituto se revista de fundamentalidad. El problema de elevar a la categoría de derecho fundamental el instituto de la cosa juzgada es de generar mayor inflación de derechos fundamentales. Por otro lado, dicha tendencia está va en contramano al actual tratamiento del instituto y su relativización en diversos tipos de procedimientos. De este modo, la cosa juzgada no posee la naturaleza de derecho fundamental, y su extensión, si no exagerada, acaba por diluir la idea de fundamentalidad de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Milano, Cedam, 1935, v. 12.

_____. **La cosa juzgada frente a terceros**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

_____. Saggio polémico sulla giurisdizione volontaria. In: **Problemi di diritto**. Milano: Giuffrè, 1957. t. II.

BUSNELLI, Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. **Revista Trimestrale de Diritto Processuale Civile**, 1961, p. 1317.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPONI, Remo, “Corti europee e giudicati nazionali”. **Atti del XXVII Convegno nazionale dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali** (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1925, IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.

ENDICOTT, Timothy A. O. **La vaguedad en el derecho**. Madrid: Dykinson, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

HÜBNER GALLO, Jorge Iván. **Los derechos humanos**. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa**, n. 4, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUISO, Francesco P. Los efectos del laudo y los efectos de la sentencia. **Thémis Revista de Derecho**, Lima, n. 58, p. 99-107, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elvier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl. **Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación**. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada**. Lima: Communitas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La cosa juzgada: el fin de un mito**. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; DE ASÍS, Rafael. **Curso de teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. **La cosa juzgada en el proceso civil**. Santiago: Editorial Jurídica, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cosa julgada civil**. São Paulo: RT, 2006.

REDENTI, Enrico. Il giudicato su punto di diritto. In: **Scritti giuridiche in onoredi F. Carnelutti**. Padova: Cedam, 1950.

RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. **Cosa julgada e segurança jurídica**.

In: AURELLI, Arlete Inês; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard; DELFINO, Lucio y otros. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional**. Coimbra: Almedina, 2009.

VELLANI, Mario. **Appunti sulla natura della cosa giudicata**. Milano: Giuffrè, 1958.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

Como citar: MARTINS, Priscila Machado. La cosa juzgada como derecho fundamental: elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.9-30, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p9. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/12/2016

Aprovado em: 29/03/2017

**BRAZIL AND GERMANY: A BEHAVIORAL
LAW AND ECONOMICS APPROACH TO
STANDARD FORM CONTRACTS**

BRASIL E ALEMANHA: UMA ABORDAGEM
COMPORTAMENTAL DOS CONTRATOS DE
ADESÃO

Maiara Giorgi *
Haide Maria Hupffer**

Como citar: GIORGI, Maiara; HUPFFER, Haide Maria. Brazil and Germany: a behavioral law and economics approach to standard form contracts. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.31-54, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p31. ISSN: 2178-8189.

* Doutoranda em Direito na Universidade de Hamburgo (Alemanha). E-mail: maiara-giorgi@hotmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Docente e Pesquisadora nos cursos de pós-graduação e graduação da Universidade Feevale (Brasil). E-Email: haide@feevale.br.

Abstract: Consumer relations are strongly influenced by the market economy, which can be seen as a reflection of the globalization faced by contemporary society. Standard form contracts appear as a demand of this economic and globalized world, since they can provide greater uniformity, rapidity, efficiency and dynamism to contractual relations. Behavioral economics assumes that consumers suffer from cognitive limitations in processing information. Considering this and relying on a theoretical framework, the biases that influence the choices of a consumer who concludes a standard form

contract will be studied from the point of view of Behavioral law and economics.

Keywords: Behavioral Law and Economics. Standard form contracts. Biases.

Resumo: As relações de consumo são fortemente influenciadas pela economia de mercado, o que pode ser visto como um reflexo da globalização enfrentada pela sociedade contemporânea. Contratos de adesão aparecem como uma demanda deste mundo econômico e globalizado, pois eles podem fornecer uma maior uniformidade, rapidez, eficiência e dinamismo às relações contratuais. A economia comportamental assume que os consumidores sofrem de limitações cognitivas no processamento de informações. Diante do exposto e com embasamento teórico, os vieses cognitivos que influenciam as escolhas do consumidor que celebra um contrato de adesão serão estudados sob o ponto de vista do direito e economia comportamental.

Palavras-chaves: Direito e Economia comportamental. Contratos de adesão. Vieses cognitivos.

INTRODUCTION

Standard form contracts are a frequent phenomenon in commercial relations. Currently, consumer relations are strongly influenced by market economy, which is nothing more than a reflection of globalization faced by contemporary society. Consumption depends on the progress of the market economy, and contracts are instruments of wealth circulation. Thus, the economy has an intrinsic relation to consumer contracts.

As a requirement of this economic and globalized world, standard form contracts appear as a way of providing greater uniformity, rapidity, efficiency and dynamism to contractual relations, especially consumption relations. The contemporary world could not support that all consumer contracts were still parity, ie that there would always be a prior discussion between the consumer and the supplier.

The standard form contracts are characterized by terms which have been unilaterally established by the provider of products or services without giving the consumer the possibility to discuss or modify its content. An example would be contracts concluded with electric and telephone companies. Due to the fact that they contain standardized and previously stipulated terms; they constitute themselves as a mechanism of cost reduction that also enable the celerity of the transactions.

Even though standard form contracts arise as a necessity of the globalized world, they bring with them a danger; the possibility of unfair terms in which only one party is benefited: the one that is proposing the contract. Behavioral economics assumes that consumers suffer from cognitive limitations in processing information, which prevents them from making great choices on the market. In this circumstance, it is

possible that the supplier includes in their contracts ineffective clauses, and therefore the regulation of these contracts, for example, by the judiciary would be appropriate.

Consequently, this article aims to scrutinize the behavioral biases that can influence the choices of a consumer who wants to conclude a standard form contract. It uses the law of two different countries; Germany and Brazil, as practical example. It is understood, also, that not all the decisions of individuals are taken in accordance with standards of rationality, but that they also adopt heuristics, both in negotiations and in the solution of problems. Considering that the scope of this article is not to study the standard form contracts specifically but the biases which influence the consumer, relevant aspects of behavioral law and economics and standard form contracts will be studied, in order to enable the comprehension and presentation of the behavioral biases that can permeate the negotiation of a standard form contract.

1 BEHAVIORAL APPROACH TO LAW AND ECONOMICS

Behavioral Law and Economics is a branch of the discussions on law and economics that focuses on the study of human behavior and understands that our rationality can be limited by a number of biases and heuristics. In the past decades, social scientists have acquired knowledge on how people actually make decisions. Much of these works require changes in the models of rational choice, which has dominated the social sciences, including the economic analysis of law. According to Cass R. Sunstein (2000), people are not always rational in the sense that economists assume. That does not mean that people's behavior is unpredictable, systematically irrational, random, free of

rules or incomprehensible to social scientists, but that these skills can be described, studied and used.

A basic assumption of the economy is that men are rational beings and “[...] the choices people make to increase their welfare are predicted using Rational Choice Theory (RCT). When several choices are available, individuals are assumed or hypothesised to opt for the alternative that yields the most expected welfare” (LUTH, 2010, p. 17). Posner (2007, p. 16) says, “[...] the task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life”. Thus, a conception of rationality claims that the rational agent can sort alternatives according to the level of satisfaction provided, but bumps into his maximum budget. A rational consumer can sort alternative packages of consumer goods, but his budget may restrict the desired option. Neoclassical economic theory argues that in competitive markets, exchange relations are economical and aware, while state intervention mechanisms should be used, in exceptional cases and are only justified when we see market failures and imperfect competition (LUTH, 2010).

Robert Cooter and Thomas Ulen (2014) in their manual of Law and Economics say the rational choice theory has been questioned in the past 30 years, mainly due to empirical studies of experimental nature, suggesting that the behavior of individuals do not follow the predictions of this theory. In this sense, behaviorists believe that individuals possess a rationality and power of limited choice, in a conduct that intends to be rational but does not transcend the balance of costs implicit in rationality, and therefore, in the heuristics of common decisions and behavioral economics, replace the goal of maximization for the satisfaction, and also replaces the requirement of “optimal” by merely “sufficient”, from

what it takes to be able to act (ARAÚJO, 2012).

It should be noted that according to Russell Korobkin and Thomas Ulen (2000) the purpose of behavioral law and economics would not be to replace the rational choice theory with an inconsistent paradigm, but instead modify the elements without plausibility of the theory, and supplement inappropriate elements, so as to create a tool with the greatest predictive power in specific situations. Also, “[...] the task of behavioral law and economics, simply stated, is to explore the implications of *actual* (not hypothesized) human behavior for the law” (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1476). The behavioral law and economics suggests that the economic models of analysis should include psychological variables, and this argument also applies to the relations of Law and Economics, because the results of the normative activity are perceived taking into account also conceptions of human rationality.

Jolls, Sunstein and Thaler (1998) understand that human behavior can show three characteristics: bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest. Bounded rationality refers to the fact that human cognitive abilities are not infinite and have limitations. In addition to bounded rationality there is the bounded will-power, which means that people often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests. And, finally the term bounded self-interest refers to the utility function of most people: “[...] they care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances” (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1479). The authors mentioned above believe that these bounds on human behavior are important, because they “[...] draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information” (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1476).

Despite this scenario, and taking into account that we are dealing with a recent study, there have been some objections to the approaches of the behavioral law and economics, because there would not be evidence in the sense that the commitment of rationality proposed by the behavioral law and economics would have enough impact to discard the concepts already established in the economic literature. So, it is understood that the behavioral law and economics would introduce new variables that must be considered. Richard Posner (2007) states that limited information should not be confused with irrationality. It is also worth pointing out the contributions of Daniel Kahneman, who by introducing the insights of psychological research in economic science, especially concerning the assessment and decision making under uncertainty, showed how much interest this issue arouses in the specialized environment.

The classical economic theory has a more protective nature regarding the consumer and considers the intervention of the State/Judiciary in contractual relations justified, especially when the standard form contract contains unfair terms (MICELI, 2004). In competitive markets contracts tend to be efficient, since they reflect the economic options of the parties involved; in other words, consumers seek to maximize the utility function and satisfaction in the selection. The rationality of the individual is a key element to understand consumer preferences. If the individual while deciding on the consumption of goods, does not maximize the expected benefits, the violation of the behavioral assumptions of the rational choice theory will occur (ULEN, 1999).

In simple words, rationality means to act with good reasons and with as much information as possible in order to consistently apply appropriate means to achieve specific purposes. But to economists, “to be rational” means to choose according to a complete and transitive

preference, subject to perfect information and acquired at the lowest possible cost. Thus, the preference relations represent a crucial role in the decision process because they synthesize the wishes of the decision maker (ARAÚJO, 2012).

The authors Russell Korobkin and Thomas Ulen (2000) list five logical requirements of what is expected from a rational behavior: a) Commensurability: consumer must be able to compare all the alternatives of goods and services. This hypothesis rarely happens, since we don't have all necessary information for an effective evaluation; b) Transitivity: preferences need to be sorted and prioritized in a unique way. If an option is preferable to the other, it also has greater utility than the other; c) Invariance: the preference between the choices should not depend on how the choice is presented, since the outcome possibilities are constant; d) Cancellation: a choice between options should not depend on features of identical options; e) Dominance: an actor should never choose an option in which every feature is only as good as the features of the other options, and at least one feature is not as good.

However, it is necessary to clarify that behavioral economics shows some disconformities with these parameters of rational choice, since there is a possibility that consumer preferences might simply not comply with the requirements indicated above. The main argument of behavioral economics is the affirmation that individuals generally do not make decisions in accordance with the standards of rationality established by classical economic theory, but, instead, they adopt shortcuts or heuristics, that are simplified solution mechanisms of complex problems (ARAÚJO, 2012). In this way, “[...] a heuristic can be defined as a strategy for making decisions that simplifies the problem through elimination of possible options [...]” (DOWLING; CHIN-FANG, 2007,

p. 38), or, in other words, they are decision-making methods that seek close results to optimal through simpler rules of conduct. Therefore, they can be used in most cases to solve the problems identified in contractual negotiations, but in other cases they can move away from the expected rational decision.

But there is also what is called behavioral biases. They can generate situations that individuals will tend to adopt irrational and anomalous behavior, reducing the efficiency in economic relations. In the following section, standard form contracts and the types of behavioral biases that can make consumers deviate from rational choice when concluding a standard form contract will be presented.

2 BIASES AND STANDARD FORM CONTRACTS

According to the traditional economic perspective, contracts, when free of nullity, are good tools to make efficient exchanges. The standardization of contractual relationships is a mechanism that reduces the cost of transactions and enables the achievement of a greater number of exchanges. Consequently, standard form contracts can generate positive effects in terms of economic welfare, as well as they have considerable practical significance in contract law, since many companies, professionals and associations use these standardized legal tools when concluding contracts with their customers.

Standard form contracts are largely used by companies that work directly in the final consumption sectors. They rely on this tool to reduce negotiation costs and risks of legal contingencies, as well as to produce coherent balance sheets. These contracts are characterized by the unilateral drafting of contractual terms. There is no negotiation,

or if there is, it is through predetermined models that significantly limit the will expression of one contracting party. Standard form contracts are often not even read by consumers before being signed, and when they are read, they are often not understood in its totality (ZHANG, 2007).

Recognizing the consumer's vulnerability in this type of economic relation, the legislature has laid out specific rules for contracts and consumer relations, containing specific rights that aim to protect consumers against possible abusive practices. In Germany, Standard terms of contract (*Allgemeine Geschäftsbedingungen* or *AGBs*), including the standard form contracts (*Formularverträge*) were regulated under the former Act on Standard Terms of Business (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG*), but in 2002, these rules were integrated into the German Civil Code (§§ 305-310, *Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) by the Act on the Modernization of the Law of Obligations (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001*). In Brazil, consumer protection is established in the Constitution, by the principle of consumer protection (Articles 5, XXXII, and 170, V) and it is regulated in the Law 8078 of 1990, also called the Consumer Protection Code (*Código de Defesa do Consumidor, CDC*).

With the emergence of mass production came the need to develop a model contract for all purchasers of certain products or services. After all, if every consumer would negotiate contract terms with the supplier, there would be a great obstruction in the large scale flow production. Thus, the law followed this industrial movement and created models and rules adequate to the industrial process that arose. Suppliers and providers began to create standardized formula and standardized contractual clauses: real consumer contracts (NUNES, 2009).

The classical theory of contract law has as basic premise the principle of autonomy of the will, in which contracting parties have flexibility and autonomy to choose whether or not to contract any kind of obligation and how. But it is not what occurs in a standard form contract, in which the consumer can just decide to contract or not, because it is not possible to discuss contractual clauses. Basically, the difference between a standard form contract and a normal contract is that in the latter, we have this freedom of will and the possibility of carefully negotiating all the terms that will be included in the contractual instrument (NUNES, 2009).

In Germany, we find on § 305 Abs. 1 of the BGB the definition of what standard terms of contracts are:

Standard business terms are all contract terms pre-formulated for several contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon entering in the contract. It is irrelevant whether the provisions take the form of a physically separate part of a contract or are made part of the contractual document itself, what their volume is, what typeface or font is used for them and what form the contract takes. Contract terms do not become standard business terms to the extent that they have been negotiated in detail between the parties (DEUTSCHLAND, 2002).

In the definition above we can see that if one party uses its own set of standard business terms and unilaterally proposes a pre-formulated contract without any negotiations about these terms, they will become, after been used in several contracts, standard business terms and why not to say a standard form contract. It is important to notice that in German law these terms may include the full content or parts of the contract and the statutory rules of BGB will not be applied if the terms will be

used only for one contract. In this way German Courts considered them standard terms when they are used for at least three times. However, according to § 310 Abs 3 of BGB consumer contracts, when they do not have terms introduced by consumer's initiative, are considered standard terms even if used only once, because they are pre-formulated by an entrepreneur (DEUTSCHLAND, 2002).

Paragraph 308 of BGB has prohibitive clauses with the possibility of evaluation and paragraph 309 of BGB has prohibitive clauses without the possibility of evaluation. By the rules of § 308, one party, for example, cannot unilaterally change obligations on the contract, unless the other party agrees to it and these changes are also reasonable. Paragraph 309 lists some terms that are considered null, without the need of further examination. One example is the duration of service contracts such as Internet and telephone (309 Abs 9). Their duration cannot be of more than two years and their prolongation cannot be of more than one year (DEUTSCHLAND, 2002).

Unlike Germany, Brazil defines specifically the standard form contracts in Article 54 of the Consumer Protection Code (CDC).

Art. 54. Standard form contract is that one in which clauses have been approved by the competent authority or unilaterally established by the supplier of goods or services without giving the consumer the right to discuss or substantially modify the content (BRASIL, 1990).

The Law 8078/90 (CDC) in its article 51 also lists the abusive clauses in consumer relations, which are considered null, for example, clauses that allow the supplier to, directly or indirectly; change unilaterally the price of the service. These clauses can undermine the

contractual balance and cause damages to the contractor. Therefore, the CDC represented an evolution in the Brazilian law, from the normative point of view, by protecting consumers, and recognizing the rule of objective responsibility for product risk, which does not require analysis of guilt by the supplier (article 6, CDC).

It is worth pointing out that in the Brazilian scenario, the judicial activism and the interference of judiciary are constant. According to data from the annual survey “*Justiça em números*” (*Justice in numbers*) made by the National Council of Justice (*Conselho Nacional de Justiça – CNJ*) and published on September 15th, 2015; Brazilian courts had 99,7 million cases in 2014. In state courts, cases concerning consumer law appear as the second most demanded subject (BRASIL, 2015). This protective nature of the State and Judiciary, may explain why there is not too much research on behavioral law and economics in Brazil.

Studies of Behavioral Law and Economics point in the direction that consumer behavior is driven by several biases. Becher (2007) understands that “[...] cognitive biases and consumers’ actual behavioral patterns have central roles - both descriptively and normatively in the law of Standard form Contracts [...]” and that “[...] those biases can have an important role in drafting specific standard form contracts terms and in regulating consumer transactions”.

Behavioral biases that can influence the choices of a consumer who seeks to conclude a standard form contract are: sunk cost effect, the cognitive dissonance theory, the confirmation bias, and the low-ball technique¹.

¹ Division based on Becher (2007). See also Luth (2010), who bases her division on Becher (2007), but classify the biases on information overload and propensity to read, perceptions of selfcommitment, risk perceptions and emotional status or social pressures

The importance of sunk costs has been discussed in two ways in the literature: from a structural point of view, as a cost that would estimate prices of products and would make barriers to the entry of new investors; and from a behavioral point of view, in which information about sunk costs would affect the judgment in decision-making situations.

The term “sunk cost” is used by economists to refer “[...] to preceding investments which cannot affect the expected marginal utility from future activities or decisions” (BECHER, 2007, p. 125). Thus, sunk costs are past costs that have been spent and are no longer recoverable. Conventional analysis expects decision makers (considered rational individuals) to ignore these costs and don’t let them affect their choices. But behavioral economics has shown that sunk costs can be significant. In the case of standard form contracts, the consumer has already sustained the costs of searching and selecting the product, which makes it advantageous to sign the aforementioned contract to avoid future costs of searching or readjusting the contract. In this way, the sunk cost effect is “[...] manifested in a greater tendency to continue an endeavor once an investment in money, effort, or time has been made” (ARKES; BLUMER, 1985, p. 124).

To understand this behavioral pattern and its implication to the law of SFCs, it is important to clarify why people allow sunk costs to influence their decisions. The main explanation is based on motivational grounds—that the sunk cost effect can be best justified as a self-esteem maintenance device. People might feel compelled to maintain a past-chosen course of action as a means of preserving some aspects of self-perception. Hence, the sunk cost effect is predicted, in part, because of people’s

aspiration to not be--or appear-wasteful. [...]Since the sunk cost effect exists in conjunction with the amount of resources previously invested, its effect varies substantially among different kinds of transactions. [...]Yet, as a general argument, in most cases vendors present their SFC only after the shopping process has actually ended. Since the consumer is likely to spend a considerable amount of time in order to become acquainted with the good or service she is about to purchase before the SFC is presented, the sunk cost effect may contribute to her decision to ignore the accompanying contract (BECHER, 2007, p. 127-129).

Thereby, it is understood that sunk cost effect is an important factor in standard form contracting, since consumers will not always have the opportunity to rationally inspect the content of the contract. Shmuel I. Becher (2007, p. 130) points out that “[...] this is particularly true in those cases where buyers incur substantial sunk costs or where sellers manipulate the transaction so as to exploit the sunk cost effect”.

The expression “cognitive dissonance” is related to the discomfort caused by the simultaneous apprehension of ideas. Individuals seek to reduce the dissonance by changing their attitudes, beliefs and actions. In some cases, cognitive dissonance occurs when the subject’s experience comes into conflict with his expectations. An example is the buyer’s remorse when buying an expensive item that he had high expectations from.

With regard to standard form contracts, after choosing and having expectations from a product or service, it is very unlikely that the consumer will change his mind because of unfavorable contractual terms. Professor Shmuel Becher (2007) believes that at the time the standard

form contract is presented and the consumer decides to make any kind of economic transaction, cognitive dissonance can prevent him to assess, in a rational manner, contractual clauses which are not efficient for him.

If a SFC is introduced when the purchaser has already decided to enter a transaction, cognitive dissonance may prevent him from rationally evaluating the contract terms he finds in the pre-drafted form. Where the contract terms he encounters undermine the utility he hopes to derive from the transaction at issue, cognitive dissonance may preclude efficient evaluation. Moreover, the natural human desire to avoid cognitive dissonance might imply that consumers are likely to prefer, consciously or not, *not* to read the form contract and realize that they may be about to enter into a poor contract, knowing that they are probably going ahead with the transaction anyway (BECHER, 2007, p. 131).

The two behavioral biases described above, sunk cost effect and cognitive dissonance, can be also related to another one called the confirmation bias. It concerns a predisposition of the individuals to select information that confirms their hypotheses or previously established opinions. “According to this bias, individuals who form an opinion appear to search for data that supports and confirms their existing opinion rather than information that might challenge or contradict it” (BECHER, 2007, p. 132). In general, individuals select the information and evidence in an incomplete and insufficient manner. Equally, they prioritize their beliefs and emotional issues, which certainly affects rational decision making. In the case of standard form contracts, the consumer has the tendency to confirm his expectations from the product chosen, and ignore the disadvantageous terms of the contracts being offered.

Tversky and Kahneman (1981) indicate that the perception of a problem is affected by its presentation. In other words, when assessing a problem, individuals may have consistency and coherence errors, especially because of their personal perception of the actions and consequences of the problem. Their evaluation of the problem can also be affected by their principles, habits and personal characteristics.

An example of adverse selection in standard form contracts concerns the contraction of health insurance plans. It is important to highlight that unlike Germany, in Brazil and most South American countries having a health insurance plan is not mandatory. People generally have better knowledge of their health condition than companies that offer such plans. Older people are more likely to contract a disease and therefore use medical and hospital care, leading to the demand for health plans. Service providers will increase their prices according to age, because in this case they have asymmetric information of the real health condition of people. That causes an adverse selection by inhibiting the entry of healthy people in the plans. Thus, there is the increasing participation of elderly and sick people in health insurance plans, which impacts the industry by reducing its profitability.

The confirmation bias can also explain why consumers who read standard form contracts are not likely to evaluate their content rationally. According to the confirmation bias, people not only seek information that reinforces their previous belief, but also process the information they find in a way that enhances their existing viewpoints (BECHER, 2007).

Bakos, Marotta-Wurgler and Trosse (2014) state that very few consumers choose to read and become informed about standard form contracts. In this way, the confirmation bias can also explain why consumers who read standard form contracts are not likely to evaluate

their content rationally, since “[...] people predictably not only search for information that reinforces their previous belief, but also process information they encounter in a way that strengthens their already existing viewpoints” (BECHER, 2007, p. 132). And, because of this “[...] even if consumers read SFCs they should not be expected to evaluate them objectively” (BECHER, 2007, p. 133).

The low-ball technique is a selling tactic in which an agent is underestimating or understating a price. This technique can be related to standard form contracts, because has been used widely by companies that want the consumer to purchase long-term services such as internet and telephone. According to Shmuel I. Becher (2007), a typical case of the low-ball technique occurs when salesmen, or advertisements, get a consumer to agree, or at least consider, to purchase an item at a discounted price. However, later on, the discount is removed, but the initial decision to enter the transaction can still lead the person to agree to the new price, even if it is higher.

In such cases, consumers are more likely to assent to the amended price than they would have been had the seller stated the actual price from the very beginning. Accordingly, subjects that are exposed to the low-ball technique may enter a transaction even though the true, long-term price can no longer be considered a “good deal”; or, using the economists’ terminology, it does not maximize the subject’s utility (BECHER, 2007, p. 134).

Another behavior already mentioned above and that also accompanies standard form contracts and the use of low ball technique is the following: because most of the consumers do not read the contracts

they are signing they do not realize that sometimes there can be a gap between what was promised and what is actually written in the pre-drafted contract (BAKOS; MAROTTA-WURGLER; TROSSE, 2014).

Using the low-ball technique, salesmen can induce buyers to go ahead and sign SFCs that the buyers would not enter had they fully realized the terms and substance beforehand. This is true because a consumer's prior decision to agree to a specific set of terms is based on what was orally promised or otherwise advertised. Consequently, consumers' preliminary commitment might result in a greater tendency to enter SFCs while ignoring - or devaluing - what is actually incorporated in print and imposed in practice (BECHER, 2007, p. 135).

Sellers can take advantage of consumers' biases, in their own interests. "Consumer decision making is likely to be affected by biases and heuristics that provide an opportunity for sellers to take advantage of consumers" (LUTH, 2010). It is possible to say, by the behavioral approach of law and economics applied to the study of standard form contracts, that consumers can make bad choices even where good information is available.

CONCLUSION

The present article had as its starting point the fundamentals of behavioral law and economics and aimed at reflecting on the behavioral biases that influence the decision of a consumer before signing a standard form contract. Based on the division proposed by Becher (2007), the sunk cost effect, the cognitive dissonance theory, the confirmation bias,

and the low-ball technique were considered.

To achieve the proposed purpose, it was necessary, first, to provide some explanations on behavioral law and economics as well as on the rational choice theory. Second, behavioral biases were studied. It was demonstrated that biases affect the decisions of consumers and because decisions are made under the influence of these biases, consumers can fail to maximize their own welfare.

In order to demonstrate that even if the law changes, some behaviors end up being the same, the legal basis of the standard form contracts in two different countries were presented. In Brazil there is a consumer protection code, while in Germany rules are integrated into the German Civil Code. Despite the difference between these countries legal rules, consumers are influenced by the same types of biases, and it is also possible to say that cognitive biases and consumers' behavioral patterns have influence not only on the drafting of the standard form contracts but also on the regulation of these transactions. Thus, the comprehension of standard form contracts can be enriched by the interdisciplinary study with behavioral law and economics.

The study of the subject also showed that individuals deviate themselves from rational choice and that predictions of human behavior can be improved by taking these deviations into account. It is also understood that in the regulation of standard form contracts in consumer relations, and in order to protect certain consumer rights from restrictions, it is not only convenient, but necessary to correct the behavioral biases that affect the choices of consumers and prevent them from making bad choices. This does not mean that current laws are not efficient. Rather, it means that they should continue evolving when needed, in order to follow the demands, evolution and transformation of society. Therefore, the

interdisciplinary study of law and economics, under the behavioral point of view, and in the particular case of standard form contracts, is relevant since it helps to predict and understand behaviors and situations that can occur. As stated by Becher (2007, p. 179), “[...] any general theory of and practical approach to consumer contracts must take cognitive biases and actual behavioral patterns into account. To do otherwise would be unconscionable”.

REFERENCES

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARKES, Hal R.; BLUMER, Catherine. The psychology of sunk cost. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**, New York, p. 124-140, 1985. Available in: <http://www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/the_psychology_of_sunk_cost.pdf> Access in: 20 mar. 2017.

BAKOS, Yannis; MAROTTA-WURGLER, Florencia; TROSSEN, David R. Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard form contracts. **New York University Law and Economics Working Papers**, 1-2014. Available in: <http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/195>. Access in: 20 mar. 2017.

BECHER, Shmuel. Behavioral science and consumer standard form contracts. **Louisiana Law Review**, v. 68, n. 1, 2007. Available in: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol68/iss1/6>>. Access in: 20 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Available in: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e>

acoes/pj-justica-em-numeros> Access in: 20 mar. 2017.

_____. Law n. 8.078, September 11th, 1990. Regulates consumer protection and gives other measures. **Consumer Protection Code**. Available in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Access in: 20 mar. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2014.

DEUTSCHLAND. **Bürgerliches Gesetzbuch**, 2002. Available in: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb>>. Access in: 20 mar. 2017.

DOWLING, John Malcolm; CHIN-FANG, Yap. **Modern developments in behavioral economics: social science perspectives on choice and decision making**. Singapore: World Scientific Printers, 2007.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics (Paper 1765). **Faculty Scholarship Series**, New Haven, p. 1471-1550, 1998. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765>.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics. **The American Economic Review**, 93(5), p. 1449-1475, dec. 2003. Available in: <https://www.princeton.edu/~kahneman/docs/Publications/Maps_bounded_rationality_DK_2003.pdf>. Access in: 20 mar. 2017.

KOROBKIN, Russell B; ULEN, Thomas S. Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics. **California Law Review**, v. 88, n. 4, p. 1051-1144 jul. 2000. Available in: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol88/iss4/1>> Access in: 20 mar. 2017.

LUTH, Hanneke A. Behavioural economics in consumer policy. **The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited**. Rotterdam: Eramus Universiteit Rotterdam, 2010.

MICELI, Thomas. **The economic approach to law**. 2. ed. Stanford: Stanford Economics and Finance, 2004.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **Introduction in behavioral law and economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel Kahneman. The framing of decisions and the psychology of choice. **Science, New Series**, v. 211, n. 4481, p. 453-458, jan. 1981). Available in: <<http://psych.hanover.edu/classes/cognition/papers/tversky81.pdf>> Access in: 20 mar. 2017.

ULEN, Thomas S. **Rational choice theory in law and economics**. 1999. Available in: <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>> Access in: 20 mar. 2017.

ZHANG, Mo. Contractual choice of law in contracts of adhesion and party autonomy. **Akron Law Review**, v. 41, 2007. Temple University Legal Studies Research Paper n. 2007-25. Available in: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017841> Access in: 20 mar. 2017.

Como citar: GIORGI, Maiara; HUPFFER, Haide Maria. Brazil and

Germany: a behavioral law and economics approach to standard form contracts. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.31-54, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p31. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/07/2016

Aprovado em: 17/03/2017

NOTAS SOBRE O TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E O ARTIGO 407 DO CÓDIGO CIVIL

NOTES ON THE DEFAULT INTEREST'S INITIAL TERM AND THE BRAZILIAN CIVIL CODE'S ARTICLE 407

Gustavo Tepedino*
Francisco Viégas*

Como citar: TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.55-86, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p55. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito na Universidade de Camerino, Itália. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. E-mail: fav@tepedino.adv.br.

** Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. E-mail: franciscoviegas@icloud.com.

Resumo: A definição do termo inicial dos juros de mora exige a adequada compreensão de sua função, tal seja, a de indenizar a vítima que fora indevidamente privada do capital que lhe era devido como decorrência da violação de dever obrigacional ou legal. Assumindo como premissa esta função, deve ser superada a dificuldade em se admitir a fluência de juros relacionados à obrigação que, resultando do inadimplemento, não possui objeto previamente determinado. Contabilizar os juros somente após a fixação do valor principal devido, por meio da leitura isolada do art. 407 do Código Civil, afigura-se incompatível com a função

dos juros moratórios no ordenamento jurídico brasileiro, bem como revela contrariedade à *ratio* do dispositivo mencionado, analisado no artigo sob perspectiva histórico-sistemática.

Palavras-chave: Inadimplemento. Juros de mora. Termo inicial. Liquidez.

Abstract: Understanding the definition of the default interest's initial term requires a proper understanding of its objective, which is to indemnify the party who did not receive compensation for the other party's breach of contract. Furthermore, the existence of default interests in contractual obligations that have undetermined objects should be of no debate. Most importantly, those that actively calculate interests based on the eventual fixation of the principal amount with a mere interpretation of the article 407 of the Brazilian Civil Code are not noticing the incompatibility of default interests in the Brazilian legal system. Even more, it contradicts the legal reasoning of this mechanism, whose origin indicates an absence of relation to the default interest's initial term.

Keywords: Default. Default interest. Initial term. Liquidity.

INTRODUÇÃO

A sistematização de questões fundamentais do direito civil revela-se, por vezes, desafiadora, a exigir do intérprete esforço na harmonização das fontes normativas, cuja compreensão não prescinde da análise funcional do objeto de estudo controvertido. Acentua-se a dificuldade diante de figuras presentes nos mais variados sistemas, suscitando, em razão da diversidade de culturas jurídicas, pré-compreensões ancoradas em conceitos falsamente equivalentes (algo como, na sematologia, os falsos cognatos). Tal fenômeno tem ocorrido na definição do termo inicial da contagem dos juros de mora. Segundo conceituada doutrina, “[...] é a magna questão deste instituto” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1911, p. 487).¹

Como se sabe, consistem os juros na prestação devida em razão da disponibilidade do capital alheio.² Os juros de mora associam-se, em regra, à responsabilidade civil, na medida em que compõem a indenização devida pela privação do capital correspondente ao descumprimento de dever jurídico – legal ou convencional.³ A disciplina conferida aos juros de mora foi objeto de disputa sobretudo quanto às limitações impostas

1 A afirmação, do início do século passado, revela-se de grande atualidade.

2 “Os juros são, portanto, a prestação que enche o lugar ao que se tirou do patrimônio do credor” (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 78). Ao propósito, José Xavier Carvalho de Mendonça (1960, p. 285), apoiado na lição de Lacerda de Almeida, ao distinguir os juros compensatórios e moratórios, afirma: “Em essência, ambos são compensatórios na ampla significação deste termo”. Estruturalmente, pode-se definir os juros como prestações acessórias que se integram à principal pelo decurso do tempo e que correspondem a uma alíquota/proporção dela. Sob o perfil funcional, os juros fundamentam-se na disponibilidade do capital alheio. Para uma análise dos aspectos estrutural e funcional na definição de juros, v. LIBERTINI, 1972, p. 95-97.

3 Controverte-se, contudo, acerca da natureza dos juros – se indenizatória ou punitiva –, tendo em vista a previsão de que são devidos “[...] ainda que não se alegue prejuízo” (art. 407 do Código Civil). Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 339-340) afirma que os juros moratórios “[...] significam uma penalidade imposta ao devedor em mora, daí sua denominação como juros moratórios”. Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 203), na mesma direção, afirma que “[...] a vontade da lei, aqui, existe para punir o que se aproveita do alheio, como sanção inibidora dessa atividade ilícita”. Para Sérgio Campinho (2005, p. 196), nos juros moratórios “[...] destaca-se o objetivo de impor uma penalidade ao devedor em mora, de modo a coibir a inadimplência”.

à autonomia privada no contexto de combate à usura, notadamente quanto à fixação da taxa aplicável.⁴ Em vista da vultosa influência que a regulamentação dos juros exerce sobre a economia,⁵ a previsão legal de taxa de juros deu origem a amplo debate doutrinário e jurisprudencial, culminando no entendimento, hoje consolidado no Superior Tribunal de Justiça, favorável à aplicação da Taxa SELIC.⁶

No que se refere ao termo inicial, questiona-se, de início, sua

-
- 4 Com efeito, ainda que a norma do art. 406 do Código Civil revista-se de caráter supletivo – isto é, aplica-se quando os juros moratórios não forem convenacionados, ou o forem sem taxa estipulada –, o Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei de Usura) estabelece limite de taxa de juros, que não poderá exceder o dobro da taxa legal. Como esclarece Orlando Gomes (2016, p. 54), “[...] se as partes convenacionarem taxa, terão de fazê-lo até o dobro da taxa legal, qual seja, aquela em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Luiz Antonio Scavone Junior (2014, p. 250), em perspectiva semelhante, destaca que, “[...] ainda que o art. 406 do Código Civil de 2002 tenha definido apenas a taxa legal de juros moratórios, aplicável quando não houver convenção dessa espécie ou quanto a lei determinar sua aplicação, certo é que as partes não poderão convenacionar livremente esses juros, ainda que a Emenda Constitucional 40/2003 tenha suprimido o limite de 12% ao ano do § 3º do art. 192 da CF/1988”. E, mesmo nos casos em que é inaplicável a Lei de Usura, como no âmbito das taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições, públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional (Súmula 596 do STF), a tendência jurisprudencial tem se direcionado no sentido de rever taxas consideradas abusivas nas relações de consumo. Ilustrativamente: STJ, REsp 1.061.530/RS, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 22.10.2008.
- 5 A regulamentação dos juros constitui uma das principais ferramentas na condução da política monetária. De outra parte, é consabida a “[...] milenar repulsa da Igreja Católica à cobrança do juro, que vislumbra em tal expediente o ‘pecaminoso’ ato de se valer do ‘status’ de necessidade de outrem para auferir vantagem pecuniária. [...] tal aversão dos católicos à cobrança de juros nas pactuações creditícias só cedeu quando se passou a vislumbrar que tais operações não serviriam tão somente para suprir necessidades mínimas dos devedores, mas em muitos casos, para propiciar a inauguração ou alavancagem da atividade empresarial, geradora de riquezas, tributos e, sobretudo, empregos para terceiros” (FERRAZ, 2005, pp. 489-490). Percorrendo a história dos juros desde os “[...] primitivos albores da civilização [...]”, v. CARVALHO DE MENDONÇA, 1911, pp. 77-81.
- 6 Dispôs o artigo 406 do Código Civil: “Quando os juros moratórios não forem convenacionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça deu provimento aos embargos de divergência opostos em face de acórdão da Terceira Turma para determinar que “[...] a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo (o art. 406 do Código Civil) é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 9.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)” (STJ, EREsp 727.842/SP, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 8.9.2008). A questão, contudo, ainda gera divergências, mormente porque a taxa SELIC alberga, em sua composição, juros e correção monetária, o que, segundo o próprio STJ, geraria “[...] problema difícil de se contornar, quando, por exemplo, fossem fixadas condenações em que juros e correção monetária fluissem de momentos distintos, o que não é difícil de ocorrer” (STJ, EDcl no REsp 1.025.298/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28.11.2012). Em doutrina, vale mencionar, em perspectiva crítica à adoção da taxa SELIC no âmbito de aplicação do artigo 406 do Código Civil, os estudos de Sergio Campinho (2005) e Leonardo Mattietto (2003).

definição nas obrigações ilíquidas.⁷ Há considerável dificuldade em se admitir a fluência de juros relacionados à obrigação cujo objeto não se encontra previamente determinado, como no caso do dano moral. O raciocínio pressupõe a injustiça de responsabilizar o devedor que não pode cumprir sua obrigação, por desconhecê-la. Somente poderiam ser contabilizados os juros, portanto, após a fixação do valor principal devido. A tese, contudo, não obstante o respeito que merecem seus fatores, ignora a *ratio* dos juros moratórios. De um lado, os juros de mora teriam por função, sob a ótica da responsabilidade civil, indenizar a vítima do descumprimento, privada, indevidamente, do capital de que poderia dispor.⁸ Tal perspectiva, se adotada, deve levar em conta a transformação por que passou a responsabilidade civil, transferindo-se sua preocupação central para a vítima do dano injusto.⁹ Diante da constatação de que a privação do capital representaria, *per se*, um dano, o ordenamento impõe o pagamento dos juros, os quais correm a partir do momento em que a vítima faria jus ao bem, independentemente, quanto a este aspecto, da reprovabilidade da conduta do civilmente responsável.

De outra parte, alude-se ao aspecto punitivo dos juros de mora, associado à vedação ao enriquecimento sem causa. Assume-se, como

7 A noção de liquidez era prevista no Código Civil de 1916, que, em seu art. 1.533, estabelecia: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”. J. M. de Carvalho Santos (1963, p. 348) afirmava, então, que “[...] líquida é a obrigação certa sobre a qual não pode haver dúvida *an, quid, quale, quantum debeatur*, ou sejam precisamente as obrigações determinadas pela respectiva espécie, qualidade e quantidade”.

8 Arnoldo Wald (1959, p. 41) destaca, quanto à liquidação do valor devido por responsabilidade civil, que se deve atribuir ao ofensor (e não à vítima) os ônus decorrentes da privação do patrimônio: “[...] se a vítima não é completamente indenizada, sacrificamos um interesse individual a outro, provocando verdadeiro enriquecimento sem causa em favor do responsável pelo ato ilícito, que pagará uma quantia inferior ao atual valor do prejuízo. Ora, a distribuição da justiça e o interesse social exigem que haja uma reparação integral do dano, reintegrando-se a vítima na situação anterior ao ato ilícito”.

9 Em conhecida passagem, alude-se a verdadeiro giro conceitual: (GOMES, 1989, p. 291-302). Poder-se-ia falar, mesmo, na “[...] passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta” (FACHIN, 2010, p. 19). Anderson Schreiber (2013, p. 161) observa que, “[...] hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima”.

premissa, que a disponibilidade do capital representa lucro, de modo que, se é alheio o capital, tal lucro deve ser revertido àquele que legitimamente deveria tê-lo auferido.¹⁰ Também sob esse ângulo, a conclusão não se altera, considerando que, se o devedor obteve vantagem a partir da indevida disponibilidade do capital alheio,¹¹ os juros devem ser contados desde o momento em que se tornou indevida tal titularidade, termo inicial dos proveitos econômicos dela decorrentes.¹²

Há quem proponha, ainda, que os juros de mora tenham seu termo *a quo*, em qualquer caso, na data da citação inicial.¹³ A solução, contudo, parece contrariar o arcabouço teórico sobre o qual se funda a figura dos juros moratórios, ignorando o sistema adotado pelo Código Civil. Além-se à literalidade de um único artigo para transformar sensivelmente o complexo de efeitos do inadimplemento, dele desvinculando a prestação de juros.¹⁴ Ao propósito, o CPC, em seu artigo 240, *caput*, parece atento

10 Como observa Carlos Nelson Konder (2005, p. 379), no enriquecimento sem causa, “[...] a reparação do dano sofrido, quando ocorre, é sempre indireta, pois o que se busca é remover a vantagem auferida por um para transferi-la a quem ela era de direito”. Nessa direção, a ausência de causa que possibilitaria a ação de enriquecimento sem causa estaria relacionada à falta de “[...] título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento” (KONDER, 2005, p. 390).

11 Lacerda de Almeida (1934, p. 356-357) afirma que foi Jeremy Bentham “[...] quem trouxe, pelo menos para efeitos jurídicos, até as suas últimas consequências a teoria da rentabilidade do dinheiro. Se a terra dá renda, argumenta ele, se as casas dão aluguel e tantas outras cousas que frutificam em dinheiro com a periodicidade dos fructos naturaes e civis; por que razão o dinheiro não renderá também, abstracção feita de sua applicação, o dinheiro como dinheiro, por que razão não se lhe poderão perceber os fructos?”.

12 O tema se insere na discussão mais ampla acerca do lucro de intervenção. Para o exame do estado atual da doutrina, com amplas referências bibliográficas, v. (TERRA, 2015, p. 445-458). v. também (LINS, 2016).

13 Assim sustenta Luiz Antonio Scavone Junior (2014, p. 543) em estudo aprofundado sobre o tema. Para o autor, “[...] no âmbito do Código Civil não há qualquer relação entre a mora do devedor e os juros moratórios, cujo termo inicial, nos termos da regra geral do art. 405, é sempre a data da citação inicial para a ação”. Sendo assim, argumenta que, mesmo no caso de atos ilícitos, “[...] a mora é presumida a partir da prática do ato (responsabilidade extracontratual). Todavia, em razão da regra geral do art. 405 do Código Civil de 2002, os juros moratórios são contados a partir da citação” (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 415).

14 O apego à aparente clareza de uma única norma, propondo-se remodelação da inteira disciplina do inadimplemento, não se coaduna com a moderna concepção de segurança jurídica, a qual “[...] não se identifica com a clareza da regra abstrata senão com a argumentação coerente que deve fundamentar e motivar as decisões” (TEPEDINO, 2014, p. 8). Nessa direção, já se alertou para a necessidade de “[...] assunção pela doutrina de seu papel orientador e sistematizador, para que forneça aos juízes, para além das apostilhas impressas como cursos de direito, os fundamentos dogmáticos de suas decisões, com base em premissas teóricas sólidas e bem definidas” (TEPEDINO, 2014, p. 8). Nessa linha de raciocínio, o STJ já se manifestou, em sede de recurso repetitivo, sobre a interpretação do art. 405 do Código Civil, o qual

à sistemática do Código Civil, ao estabelecer: “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, *ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*” (BRASIL, 2015, grifou-se).¹⁵

Torna-se indispensável, diante disso, o exame dos diversos termos iniciais previstos no Código Civil, de modo a identificar o termo aplicável a cada espécie de obrigação.

1 A DEFINIÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA

O Código Civil prevê, em diferentes artigos, regras destinadas a regular o termo inicial dos juros de mora, a partir da distinção entre mora *ex re* e mora *ex personae*. Quando a mora é estabelecida em decorrência do próprio fato que a originou (*ex re*), sem necessidade de sua constituição pelo credor, contar-se-á o termo inicial: (i) desde a data do vencimento da obrigação contratual, conforme o artigo 397, *caput*, do Código Civil; (ii) desde a prática do ato ilícito extracontratual, *ex vi* do art. 398 do Código Civil, resultando aqui a mora de determinação legal (*semper enim moram fur facere videtur*).¹⁶

Quanto ao primeiro suporte fático, tem-se que, sendo possível extrair da própria obrigação elementos suficientes à identificação do

[...] deve ser interpretado à luz do ordenamento jurídico, tendo aplicação residual para casos de mora *ex persona*, evidentemente se ainda não houve a prévia constituição em mora, por outra forma legalmente admitida” (STJ, REsp 1.556.834/SP, 2ª S., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.6.2016).

15 Grifou-se. Nota-se, de fato, a preocupação do legislador quanto à questão, considerando que o artigo correspondente no CPC/1973 (art. 219, *caput*) não se pronunciava a respeito da disciplina do Código Civil, prevendo apenas que “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

16 “Nas obrigações provenientes de delito, a mora resulta de determinação da lei. Desde o momento em que o ato delituoso é cometido, os riscos da coisa devida correm por conta do devedor. *Semper enim moram fur facere videtur*” (BEVILAQUA, 1958, p. 95).

conteúdo da prestação¹⁷ e do prazo para seu cumprimento,¹⁸ os juros fluirão desde o momento em que deveria ter sido cumprida a obrigação, ou seja, a partir do vencimento no prazo avençado.¹⁹

No âmbito extracontratual, por sua vez, a fluência dos juros moratórios assenta em previsão legal expressa. O art. 398 do Código Civil estabelece que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou” (BRASIL, 2002). A questão encontra-se contida, inclusive, na súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso

17 Ao tratar da noção de obrigação positiva e líquida, Agostinho Alvim (1972, p. 117) esclarece que “[...] positiva é a obrigação de dar e de fazer [...]”. O conceito de liquidez da obrigação pressupõe o de certeza [...]. É necessário que haja determinação da coisa fungível ou individualização da infungível. É líquida, p. ex., a obrigação de dar coisa certa, ou coisa incerta, quando haja determinação: tantos sacos de arroz de tal qualidade. De igual modo a alternativa, após a escolha [...]”.

18 No que se refere ao prazo, não se vislumbra dificuldade na identificação do termo inicial quando se fixa o vencimento em data certa. Pode ser, contudo, que o termo estabelecido no contrato remeta a evento cuja data é incerta (assim, por exemplo, a morte de alguém). Outrossim, a obrigação pode estar submetida à condição suspensiva. Em ambas as hipóteses – de prazo incerto, porém determinável –, somente se poderá falar em mora do devedor e, conseqüentemente, de termo inicial dos juros de mora, se o credor comprovar que o devedor teve ciência do fato que possibilitou a determinação do prazo. A conclusão fundamenta-se no artigo 332 do Código Civil, que assim prevê: “As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor”. Na doutrina, cf. (ALVIM, 1972, p. 121). Por outro lado, vale destacar a possibilidade de convenção acerca do termo inicial dos juros de mora em momento diverso da constituição em mora. Não obstante caminhem juntos – como causa e efeito – mora e juros moratórios, não parece haver óbice à fixação diferida do termo inicial dos juros. Se à autonomia privada reserva-se a possibilidade de excluir a incidência dos juros de mora, com maior razão poderá postergar o *dies a quo*. Ao propósito, Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 340), ao tratar dos juros moratórios no âmbito do contrato de mútuo, admite tal possibilidade: “[...] juros moratórios são aqueles aplicados quando há inadimplência do contratante com relação a uma ou todas as parcelas sobre o mútuo contraído. Eles significam uma penalidade imposta ao devedor em mora, daí sua denominação como juros moratórios. Incidem a partir do dia seguinte ao vencimento do mútuo ou o que for determinado em contrato”.

19 Segundo o STJ, “[...] o *caput* do referido dispositivo legal, adotando o adágio *dies interpellat pro homine* (o termo interpela em lugar do credor), regula a mora *ex re*, em que o mero advento do tempo, sem o cumprimento da obrigação positiva e líquida, constitui o devedor automaticamente em mora. A razão de ser é óbvia: sendo o devedor sabedor da data em que deve ser adimplida a obrigação líquida, descabe advertência complementar por parte do credor. Deveras, havendo obrigação líquida e exigível a determinado termo – desde que não seja daquelas em que a própria lei afasta a constituição de mora automática –, o inadimplemento ocorre no vencimento” (STJ, REsp 1.270.983/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.3.2016). Com efeito, “[...] a norma contida no art. 397 do CC/2002 abrange as obrigações de dar e de fazer cuja existência seja certa e que se encontrem determinadas em sua espécie, quantidade e qualidade. Em definitivo: a *ratio* do dispositivo associa-se à determinabilidade da prestação, quanto à sua existência e ao seu objeto, e à data do descumprimento, subordinada a termo certo, de molde a disparar imediatamente as conseqüências da mora” (TEPEDINO, 2012, p. 104).

de responsabilidade extracontratual”.²⁰ Atento à orientação, o CPC, no já referido artigo 240, *caput*, prevê, dentre os efeitos da citação válida, a constituição em mora o devedor, “[...] *ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*” (BRASIL, 2015, grifou-se).

Quanto à mora nas obrigações negativas, releva notar o tratamento particular que lhe era reservado em doutrina.²¹ Na vigência do Código de 1916, criticava-se a redação do artigo 961, o qual previa que, nas obrigações negativas, “[...] o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster” (BRASIL, 1916).²² Superado o entendimento que negava a possibilidade de mora nas obrigações de não fazer, reservou-se, porém, pouca atenção à alteração na redação do artigo correspondente no Código vigente. Com efeito, no Código Civil de 2002, o artigo 390 se limita a preceituar que o inadimplemento da obrigação de não fazer se caracteriza pela prática da ação a cuja omissão o devedor se comprometera. O legislador não

20 Em recurso julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o STJ já se manifestou no sentido de que “[...] a distinção importante para estabelecer o termo inicial da fluência dos juros é entre o ato ilícito relativo e o ato ilícito absoluto, ou seja, se se trata de responsabilidade contratual ou extracontratual [...]. Tratando-se de responsabilidade extracontratual - portanto ilícito absoluto, os juros incidirão a partir da data do evento danoso (artigo 962 do Código Civil de 1916)” (STJ, REsp 1.114.398/PR, 2ª S., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 8.2.2012). Parece evidente, como destacou a Corte em outro julgado, que, na hipótese de condenação por ilícito extracontratual em que se estabelece prestação mensal em favor da vítima ou seus dependentes, os juros de mora respectivos correm a partir do vencimento de cada prestação, e não desde a prática do ato ilícito. Nesses casos, o STJ destaca: “[...] embora se trate de relação extracontratual, observa-se que a prestação não é de cunho singular, pagável uma única vez, mas é, na verdade, obrigação de trato sucessivo. Dessa forma, os juros moratórios que irão ser acrescidos ao valor da pensão não mais devem se iniciar a partir do ato ilícito - por não ser uma quantia singular -, tampouco da citação - por não ser ilíquida -, mas devem ser contabilizados a partir do vencimento de cada prestação, que ocorre mensalmente” (STJ, REsp 1.270.983/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.3.2016).

21 Do magistério de Agostinho Alvim (1972) extrai-se a distinção pautada nas diversas modalidades das obrigações. O autor propõe divisão entre (i) obrigações a prazo; (ii) obrigações sem prazo; (iii) obrigações negativas; (iv) obrigações provenientes do delito.

22 Argumentava-se que não seria possível haver mora nas obrigações de não fazer, vez que, “[...] praticado o fato proibido, há obrigação de indenizar pelo inadimplemento absoluto e não pela mora” (ALVIM, 1972, p. 134). A tese, porém, não encontra amparo diante de obrigações negativas de caráter continuado. Como já observava Pontes de Miranda (2012a, p. 193), “[...] não é verdade que não haja mora de obrigações negativas [...]”, já que havendo “[...] possibilidade de ser elidido o efeito da inexecução, o devedor pode ser admitido a purgar a mora e continuar abstendo-se”.

mais se propõe a estabelecer, portanto, o momento da constituição em mora, preferindo disciplinar a ação que caracteriza o inadimplemento da obrigação.²³

A constituição em mora do devedor nas obrigações negativas torna-se, nessa medida, questão central para a apreensão das consequências do inadimplemento, sendo necessário analisar a partir de que momento se considera constituído em mora o devedor que, por sua atuação comissiva, é havido por inadimplente. O tema se apresenta como reflexo da orientação contemporânea que afasta a certeza apriorística de que não haveria interesse útil do credor em face do inadimplemento de obrigação negativa. Como consequência, percebe-se que também os requisitos que fundamentam a mora *ex re* nas obrigações positivas,²⁴ notadamente a liquidez, podem – ao contrário do que se pressupunha – não estar presentes nas obrigações negativas, sobretudo quando se está diante de ato jurídico complexo, no qual interagem diversas prestações, tornando-se nem sempre simples a tarefa de precisar se a atuação do devedor deu-se no tempo, lugar e forma devidos. Por isso que não se poderia identificar, em qualquer hipótese de inadimplemento de obrigação negativa, a mora *ex re*. Ganha relevância, nesse aspecto, a atuação da autonomia privada, tendo em vista que as partes podem, precavendo-se dos infortúnios advindos da indefinição quanto ao termo inicial dos efeitos da mora, convencionar a necessidade de interpelação para que se

23 Na linguagem do art. 390 do Código Civil, “Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

24 Como destacou o Superior Tribunal de Justiça em questão afetada à sistemática dos recursos repetitivos, a “razão de ser” da mora *ex re* “[...] é singela: sendo o devedor sabedor da data em que deve ser adimplida a obrigação líquida - porque decorre do título -, descabe advertência complementar por parte do credor. Destarte, havendo obrigação líquida e exigível a determinado termo - desde que não seja daquelas em que a própria lei afasta a constituição de mora automática -, o inadimplemento ocorre no vencimento” (STJ, REsp 1.556.834/SP, 2ª S., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.6.2016). Como se percebe, a configuração da mora, nessas hipóteses, está condicionada à certeza de que o ato constitui violação ao dever assumido, com margem restrita para o surgimento de perspectivas opostas acerca do fato que deflagra o inadimplemento.

constitua em mora o devedor da obrigação negativa (*mora ex personae*).

De outra parte, o Código Civil, independentemente da vontade das partes, exige de forma expressa a interpelação para a constituição do devedor em mora nas hipóteses em que se discute o inadimplemento associado a fatos imputáveis ao devedor que, na perspectiva do credor, caracterizariam o inadimplemento relativo. Nestas hipóteses, contar-se-ão os juros de mora: (i) a partir da interpelação do devedor para o cumprimento de dívida contratual exigível, como dispõe o artigo 397, parágrafo único, do Código Civil; (ii) desde a citação inicial, na forma do artigo 405 do Código Civil, segundo o qual “contam-se os juros de mora desde a citação inicial” (BRASIL, 2002).

Na hipótese em que não se promove a interpelação em momento anterior à ação judicial, apenas com a citação se constitui o devedor em mora. Entretanto, suponha-se que, naquele momento inicial em que se deflagra a jurisdição, não se tenha ainda – como ocorre em muitas controvérsias – o valor líquido da dívida, que somente será estabelecido e apurado ao final do processo, muitas vezes com ajuda de peritos, correspondendo ao valor da condenação.²⁵

Nestes casos, aplica-se o art. 407 do Código Civil, que, na

25 O cenário gera controvérsias também na seara arbitral. No âmbito da ICC International Court of Arbitration, a questão vem comumente analisada à luz da CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). No ICC Case n. 16369 (2011), a sentença arbitral considerou que o termo inicial dos juros deveria ser o momento em que ocorrida a lesão, independentemente da predeterminação do montante devido: “According to Art. 78 CISG the Claimant is entitled to interest on the ‘price or any other sum that is in arrears ... without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74’ [...]”. The question has been raised whether Art. 78 may be relied upon only from the point in time when the amount in arrears has been ascertained – be it by a court or tribunal be it by the parties themselves. Authors and courts draw an argument against applying the provision in cases of not-yet-liquidated sums from the wording ‘sum that is (emphasis by the Tribunal) in arrears’ or, clearer still, the (equally authentic) French version ‘*somme due*’. If the Tribunal adopted that view the Claimant would not be entitled to pre-award interest [...]. In the Tribunal’s opinion, however, the preferable solution is that interest on claims for damages is recoverable from the time when the loss occurred, irrespective of whether or not the precise amount of the claim has already been determined [...]. The Claimant did suffer a loss and a claim for monetary compensation therefore arose at the point in time when the onward sale contract (the profitability of which is on record) could not be performed on. The fact that the precise entity of that claims item was in dispute and has only now been established does not change the position”.

esteira do art. 1.064 da codificação de 1916, autoriza a cobrança dos juros moratórios independentemente do pedido e da natureza da prestação, firme no princípio geral de que o acessório segue o principal.

2 A ACESSORIEDADE DOS JUROS DE MORA

Os juros de mora, por constituírem vicissitude própria do inadimplemento, são devidos independentemente da demonstração de prejuízo por parte do credor. Presume-se que a privação de prestação exigível gere prejuízo ao credor, por suprimir-lhe a disponibilidade patrimonial. Além disso, atribui vantagem patrimonial ao devedor inadimplente, a qual, por força do princípio de proibição ao enriquecimento sem causa (art. 884),²⁶ deve ser convertida em benefício do credor.²⁷

Tal a opção assentada pelo Código ao preceituar, em seu artigo 407:

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

26 Dispõe o artigo 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. A respeito da relação entre os juros moratórios e a vedação ao enriquecimento sem causa, v. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 388).

27 J. M. de Carvalho Santos (1964, p. 269) observa que “[...] os juros moratórios são devidos sem que haja necessidade de o credor provar que teve qualquer prejuízo”. Mario Libertini (1972, p. 102) esclarece que “[...] quando, per una ragione qualsiasi, possa provarsi che il creditore non abbia subito in concreto alcun danno, gli interessi sono ugualmente dovuti, e allora essi devono essere giustificati in primo luogo come compenso del vantaggio che il debitore consegue attraverso l'utilizzazione (in senso positivo o anche solo negativo, nel senso di omissione del ricorso ad una diversa fonte di credito) protratta di una somma altrui”. Ludovico Barassi (1946, p. 1.230) sintetiza da seguinte forma a questão: “[...] il danaro non se ne sta di regola inoperoso, quindi non occorre provare il danno”.

Do dispositivo extrai-se, ainda, que os juros de mora são devidos seja qual for a natureza da prestação: obrigações pecuniárias ou de qualquer outra espécie (MONTEIRO, 2007, p. 334). Desse modo, tem-se por devidos os juros de mora mesmo que nada convençionem as partes a seu respeito, ou, ainda, fora do âmbito negocial, quando provierem de determinação legal, como nas obrigações decorrentes de ato ilícito. Somente se vislumbra hipótese de não serem devidos os juros de mora quando as partes, no exercício de sua autonomia privada, ajustarem a exclusão de tal prestação – além, é claro, dos casos em que a própria lei determina sua não incidência.²⁸

Como decorrência da sistemática de incidência dos juros de mora – que aderem à prestação principal, como visto, independentemente de previsão negocial –, também o pedido, tanto na ação judicial quanto no procedimento arbitral, não precisará mencionar, necessariamente, a parcela correspondente aos juros de mora. Posto que seja omissis o pedido neste aspecto, eventual condenação incluirá os juros, os quais são imanentes à parcela principal.²⁹ Nessa direção, sendo consentida a digressão processual, a denominada regra de congruência da decisão judicial, extraída dos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil,³⁰ não afasta o dever de que se analisem, além dos pedidos deduzidos, os ditos

28 Assim a lição de Luiz Antonio Scavone Junior (2014, p. 125): “[...] para que não sejam devidos, nada obstante a mora, mister se faz a vontade das partes estampada no contrato ou lei determinando sua não incidência, como, por exemplo, o art. 552 do Código Civil, que isenta o doador do pagamento de juros moratórios”.

29 Vale ressaltar que a questão já era analisada pela doutrina clássica. Câmara Leal (1930, p. 245), ao examiná-la, assinalava: “Pôsto que o pedido tenha omitido coisas que se devam considerar immanentes ao seu objecto, ou delle inseparáveis, deverá o Juiz comprehendel-as no pedido e sobre ellas pronunciar-se também, sem que se possa, nesse caso, considerar exorbitante a sentença, ou *ultra petita*. É assim que, embora silenciados pelas partes, deve o Juiz em sua sentença: [...] b) incorporar ao capital os juros [...]”.

30 “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional”.

implícitos.³¹ E o próprio CPC desincumbe-se da questão, estabelecendo expressamente em seu artigo 322, § 1º, que: “compreendem-se no principal *os juros legais*, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios” (BRASIL, 2015).

O tema tornou-se, inclusive, objeto de súmula do Supremo Tribunal Federal,³² e a jurisprudência se encontra consolidada no sentido de que os juros de mora integram os chamados pedidos implícitos, afirmando-se, inclusive, que “a alteração ou modificação de seu termo inicial não configura julgamento *extra petita* ou *ultra petita*”, conforme Agravo Regimental no Recurso Especial 1.459.006/SC, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgamento em 10.3.2016.³³

3 O ART. 407 DO CÓDIGO CIVIL: PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-SISTEMÁTICA

Conforme já aludido, verifica-se acentuado debate sobre a definição do termo inicial dos juros de mora em relação às obrigações ilíquidas, tendo sido esta questão – notadamente quanto à fixação do termo inicial dos juros de mora nas obrigações de compensação por dano moral – objeto de divergência entre os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em 2011, a Quarta Turma do STJ decidiu, por maioria, no

31 Por pedido implícito, entende-se “[...] aquele que, embora não explicitado no instrumento da postulação, compõe o objeto litigioso do processo (mérito) em razão de determinação legal. Mesmo que a parte não peça, deve o magistrado examiná-lo e decidi-lo” (DIDIER JR, 2015, p. 590).

32 Súmula 254 do STF: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação”.

33 O STJ possui jurisprudência firme no sentido de que “[...] os juros moratórios são consectários lógicos e *ex lege* da condenação, devendo o julgador agir, nessa seara, até mesmo de ofício, nos termos do art. 293 do CPC e da Súmula n. 254/STF” (STJ, AgRg no AREsp 401.543/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.3.2015).

juízo do REsp 903.258/RS, que, “em se tratando de indenização por dano moral, os juros moratórios devem fluir, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrado em definitivo o valor da indenização”. Nos termos do voto da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti:

[...] como a indenização por dano moral (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) só passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou, não há como incidir, antes desta data, juros de mora sobre quantia que ainda não fora estabelecida em juízo. Dessa forma, no caso de pagamento de indenização em dinheiro por dano moral puro, entendo que não há como considerar em mora o devedor, se ele não tinha como satisfazer obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes. Incide, na espécie, o art. 1.064 do Código Civil de 1916, segundo o qual os juros de mora serão contados ‘assim às dívidas de dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes seja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes’. No mesmo sentido, o art. 407 do atual Código Civil.³⁴

Ainda em 2011, a Segunda Seção do STJ apreciou, no julgamento do REsp 1.132.866/SP, a questão do termo inicial dos juros

34 Vale destacar, contudo, o voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão, que, na interpretação do art. 407 do Código Civil, afirmou que “[...] mesmo nas obrigações ilíquidas, os juros fluem sempre respeitado o marco legal relativo à constituição do devedor em mora, incidentes naquele valor a que chegou a sentença, o árbitro ou o acordo entre as partes”. Merece menção, ainda, o fato de que foram opostos embargos de divergência em face do acórdão. No entanto, no julgamento do REsp 903.258/RS, debateu-se exclusivamente a questão na natureza – contratual ou extracontratual – da relação que originou o dano moral: “No regime do Código Civil de 1916, a responsabilidade do hospital pela má prestação de serviços tem natureza contratual” (STJ, REsp 903.258/RS, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 15.5.2013). O mesmo posicionamento quanto ao termo inicial dos juros de mora na data da condenação foi adotado em outros julgados da Quarta Turma. V., exemplificativamente (STJ, REsp 888.751/BA, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25.10.2011; STJ, REsp 1.201.340/DF, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 3.11.2011).

de mora nas obrigações de compensação por dano moral. A Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, invocando o acórdão da Quarta Turma, manteve o posicionamento quanto à incidência dos juros somente a partir do momento da condenação. Prevaleceu, contudo, a tese oposta, na linha do voto do Ministro Sidnei Beneti, Relator para Acórdão neste Recurso Especial. Conforme observou o eminente Ministro:

[...] os juros moratórios diferem, etiologicamente, da correção monetária, pois esta serve como mera atualização do valor fixado, de modo que seu curso deve dar-se a partir da data cujas bases monetárias, atuais ou passadas, tenham sido consideradas para arbitrar a indenização, ao passo que os juros de mora, no caso de indenização, de qualquer natureza, devem correr a partir da data do evento causador do dano. Não obstante a indenização por dano moral só passe a ter expressão condenatória em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitra, a mora que fundamenta a incidência dos juros existe desde o ato ilícito que desencadeou a condenação à reparação dos danos morais.³⁵

Não obstante o posicionamento adotado, por apertada maioria, na Segunda Seção do STJ, a questão ainda gera acirrado debate, o que parece se comprovar com a afetação do REsp 1.479.864/SP à sistemática dos recursos repetitivos, por decisão de 2015 do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. A decisão tem por escopo que o julgamento do Recurso Especial possa

[...] uniformizar do entendimento sobre as seguintes questões jurídicas: (i) distinção entre responsabilidade

35 Acompanham a divergência os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Nancy Andrighi, Ricardo Villas Boas Cuêva e Luis Felipe Salomão.

contratual e extracontratual em danos causados por acidentes ferroviários; (ii) termo inicial dos juros de mora incidentes na indenização por danos morais nas hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual.³⁶

Como se percebe, boa parte dessas questões se relacionam à concepção segundo a qual seria injusto responsabilizar o devedor que não pode cumprir sua obrigação, por desconhecê-la. Ignorando-se a função dos juros no ordenamento jurídico brasileiro – v. item 1, *supra*, – busca-se apoio dogmático com a interpretação enviesada do art. 407 do Código Civil. Cumpre analisar, portanto, a norma objeto da controvérsia.

O art. 407 reproduz, quase integralmente, o art. 1.064 do Código Civil de 1916. A alteração reduz-se à substituição da expressão “desde que” pela locução “uma vez que”.³⁷ Não é difícil perceber que a alteração em nada auxiliou na solução da questão, já vetusta, de se “[...] saber se a expressão legal ‘desde que’ é causal ou, ao invés, temporal”

36 Vale a ressalva, contudo, de que houve voto-vista da Ministra Nancy Andrighi suscitando questão de ordem no sentido de tornar sem efeito a afetação do recurso à Corte Especial e determinar a remessa dos autos à Terceira Turma. Logo após, pediu vista o Ministro João Otávio de Noronha para se manifestar quanto à questão de ordem e, na sessão do dia 1º de fevereiro de 2017, o Ministro João Otávio de Noronha proferiu voto acolhendo a questão de ordem suscitada pela Ministra Nancy Andrighi, tendo, em seguida, solicitado vista regimental o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Independentemente do desfecho deste Recurso Especial, certo é que a jurisprudência do STJ tem sinalizado posicionamento no sentido de que “[...] em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de obrigação contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação” (STJ, AgRg no AREsp 512.919/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 24.11.2015; STJ, AgInt no AREsp 730.055/RJ, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 4.10.2016). Desse modo, em casos envolvendo, por exemplo, compensação por dano moral em virtude da morte de familiar em acidente ferroviário, a Corte já decidiu que o termo inicial dos juros de mora é a data citação inicial (STJ, AgRg no AREsp 302.397/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 17.12.2015; STJ, REsp 731.527/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 23.6.2009; STJ, REsp 877.195/RJ, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, julg. 28.11.2006). O problema, a rigor, remete à distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, cada vez menos nítida no direito contemporâneo, em especial nas relações de consumo.

37 Enquanto, no CC/1916, estabelecia o artigo 1.064 que: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”. O artigo 407 do atual Código estatuiu: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.

(CARVALHO SANTOS, 1964, p. 307-308). Afinal, os juros de mora deverão ser contados desde a citação, como determina o art. 405 do Código Civil, desde a data da perícia, ou da sentença que estabeleceu o valor líquido correspondente à condenação? Para que se possa interpretar o art. 407, faz-se útil analisar, além do sistema estabelecido pelo Código Civil, a própria origem da parte final do dispositivo.

Verifica-se, neste ponto, que no Projeto Bevilacqua o artigo correspondente limitava-se a acentuar que a obrigação de pagar os juros moratórios independeria de alegação de prejuízo por parte do credor, como se percebe da redação do artigo 1.199 do Projeto: “Os juros moratorios, são devidos independentemente da alegação de qualquer prejuízo por parte do credor”. O preceito estava inserido no capítulo XV, destinado à disciplina da taxa aplicável aos juros legais.³⁸ O termo inicial, por sua vez, era matéria dos artigos 1.101-1.103 do Projeto.³⁹

No Projeto Revisto, embora se lhe tenha aprimorado a redação,⁴⁰

38 O capítulo XV do Projeto Primitivo (“Dos Juros Legaes”) continha apenas três artigos (arts. 1.197, 1.198 e o aludido art. 1.199): “Art. 1.197. A taxa dos juros moratorios, quando não fôr fixada pelas partes, será de seis por cento ao anno”; “Art. 1.198. Será tambem de seis por cento a taxa dos juros devidos por determinação da lei, e a dos produzidos por accôrdo das partes, quando estas não fixarem outras”; “Art. 1.199. Os juros moratorios, são devidos independentemente da alegação de qualquer prejuizo por parte do credor”.

39 Os artigos estavam inseridos no Livro das Obrigações, Título II (“Dos efeitos das obrigações”), Capítulo II (“Do pagamento”), Seção VI (“Da mora”) do Projeto, que se dirigia especificamente à disciplina da constituição em mora, nos seguintes termos: “Art. 1.101. Havendo prazo designado para as obrigações positivas e liquidas, o devedor ficará constituído em móra, desde que o prazo se vencer. Não havendo prazo designado, começa a móra com a primeira citação do réo para o fóro contencioso”; “Art. 1.102. Nas obrigações negativas, o devedor constitue-se em móra, desde o dia em que executar o acto de que se devia abster”; “Art. 1.103. Nas obrigações oriundas de delictos, considera-se o devedor em móra, desde o dia em que prepetrou o delicto”.

40 Não foram poucas as críticas lançadas contra a redação do Projeto Bevilacqua. É expressiva a passagem em que o próprio autor comenta a reprimenda dos que alvejaram o trabalho: “Por um lamentavel desvio da critica, versou a discussão muitas vezes entre nós, sobre questões de estylo e grammatica. Fugi o mais possivel de envolver-me nessa contenda bysantina que um só resultado poderia ter: – o de perdermos um tempo consideravel e precioso, si não a oportunidade de obter a passagem do Codigo civil no Congresso. Mas era impossivel ficar quieto, imperturbavel, quando a picareta impiedosa, derrubando a caliça e levantando nuvens de poeira fingia estar solapando a construcção. Desejariam os antagonistas do Projecto vasal-o numa lingua hieratica, impeccavel, que jamais existiu na realidade da vida, que jamais foi falada pelo povo, e que elles suppõem idealmente creada pelos escriptores de sua predilecção” (BEVILAQUA, 1906, p. X).

o dispositivo permaneceu restrito à afirmação de que os juros de mora são devidos independentemente da alegação de prejuízo por parte do credor. Previa o artigo 1.213 do Projeto Revisto: “Os juros moratorios são devidos independentemente da alegação de prejuízo”. A disciplina relativa ao termo inicial, de sua parte, era igualmente tratada no capítulo reservado à mora – particularmente nos artigos 1.109-1.111.⁴¹ O Projeto Revisto já apresentava alterações em relação ao Primitivo, sendo interessante notar a nova regulamentação quanto à constituição em mora nas obrigações sem prazo.⁴² Essa foi, contudo, a única modificação relevante na matéria.

No entanto, em parecer de 1901, Amaro Cavalcanti observou criticamente: “O projecto não diz si as suas disposições sobre juros legaes só se applicam aos pagamentos em dinheiro, ou si, também, a qualquer outra prestação, uma vez computada ou convertida em valor monetario” (BRASIL, 1918, p. 433). O eminente jurista, Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1906 e 1914, destacou que o projeto apenas mencionava serem devidos os juros de mora em seu artigo 1.209, que tratava das obrigações de dinheiro.⁴³ Levantando a questão, posicionou-se favoravelmente à incidência dos juros independentemente da natureza da prestação: “Acho que elles são devidos em todos os casos de móra, sempre que não haja estipulação contraria a respeito”. Em seguida, conclui seu raciocínio:

41 “Art. 1.109. Nas obrigações positivas e liquidadas, o devedor é considerado em móra desde o vencimento do prazo. Não havendo prazo designado, começa a móra desde a interpelação, protesto ou notificação”; “Art. 1.110. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em móra desde o dia em que executar o acto de que se devia abster”; “Art. 1.111. Nas obrigações provenientes de delicto, considera-se o devedor em móra desde que o perpetrou”.

42 Na 31ª Reunião da Comissão Revisora, no dia 26 de julho de 1900, foram incluídos e alterados artigos na Seção VI (Mora). Da ata da reunião, consta que “[...] o Dr. Lacerda, que propôs a emenda, achou conveniente, neste ponto, afastar-se da legislação commercial, mesmo porque a Ordenação não exigia a primeira citação do réo para inicio da móra” (BRASIL, 1917, p. 488).

43 Dispunha o art. 1.209 do Projeto Revisto: “As perdas e damnos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da móra e custas, sem prejuizo da pena convencional”.

Si a prestação fôr dinheiro, serão contados sobre a importância conhecida da mesma; si fôr causa diversa ou um serviço prestado, sobre o valor pecuniario, que se lhe der por arbitramento ou de outro modo (sentença judicial, accordo das partes, etc.).

Ao seu parecer seguiu-se o de Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo, então senador pelo Estado do Rio de Janeiro, e que viria a ser nomeado, em 1911, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Nomeado para integrar a comissão especial encarregada de dar parecer sobre as emendas apresentadas ao projeto de Código Civil, ficou responsável pela análise dos artigos do Livro de direito das obrigações (arts. 1.011-1.227). Acerca dos apontamentos de Amaro Cavalcanti, ponderou:

Entra em duvida o Sr. Dr. Amaro Cavalcanti si, dado valor pecuniario a qualquer prestação, tem o credor direito aos juros da móra. A duvida foi levantada em seu espirito pela summaria redação do art. 1.209, que não é supprível pelo disposto para caso especial pelo art. 1.833.⁴⁴

Concluiu, acompanhando a reflexão proposta, que, “[...] convertida para valor pecuniario qualquer prestação, ella torna-se obrigação de pagamento em dinheiro [...]”, complementando que “[...] parece claro a tal respeito o art. 1.209” (BRASIL, 1918, p. 947).

A partir de tais discussões é que se incorporou ao art. 1.064 do Código Civil de 1916 – correspondente, em substância, ao art. 407 do Código vigente – sua parte final.⁴⁵ Seu objeto, portanto, jamais foi

44 Prevía o artigo 1.833 do Projeto Revisto: “Para liquidar a importancia de uma prestação não cumprida, quando tiver valor official no lugar da execução, tomar-se-ha o preço médio entre a data do vencimento e a do pagamento, ao qual se addicionarão os juros da móra. Nos outros casos, far-se-ha a liquidação por arbitramento”.

45 Como menciona Clovis Bevilacqua (1958, p. 178), os primeiros projetos “limitavam-se a acentuar que os juros moratórios eram devidos, independentemente de alegação de prejuízo por parte do credor. A Câmara é

a fixação de termo inicial dos juros de mora. A preocupação que deu origem à emenda consistia em esclarecer que a incidência dos juros não estaria restrita às obrigações de dinheiro, estendendo-se também às de outra natureza, o que somente seria possível, à evidência, por meio da fixação de seu valor pecuniário.⁴⁶

Por isso que, justificadamente receoso da confusão que se poderia fazer com o termo inicial dos juros de mora a partir da locução “desde que”, Clovis Bevilacqua esclarecia:

A locução ‘desde que’ (lhe esteja fixado o valor pecuniário) não indica o tempo da constituição em mora, e sim a determinação do que é necessário para que se possam contar juros das prestações, que não tem por objeto somas de dinheiro (BRASIL, 1958, p. 178).⁴⁷

que deu ao artigo a extensão, que ele tem no Código, adotando uma emenda aditiva de Amarro Cavalcanti”.

46 Pontes de Miranda (2012b, p. 85) asseverava a existência de três regras jurídicas decorrentes do aludido artigo, ressaltando, quanto à terceira, não haver relação com a fluência dos juros de mora: “Há três regras jurídicas no art. 1.064: a primeira estabelece o princípio da desnecessidade de dano para eficácia da mora (= mora surte efeitos ainda que nenhum prejuízo tenha havido); a segunda estabelece que, nas dívidas de dinheiro, a mora tem os efeitos de produção de juros desde que ela ocorre, inclusive na espécie do art. 962; a terceira faz depender da sentença, judicial ou arbitral, ou do acórdão dos interessados a contagem dos juros, nas dívidas em que a prestação não seja de dinheiro, não, porém, a fluência, que é desde a mora”. Propunha o autor distinção quanto à contagem e à fluência dos juros moratórios, à luz da jurisprudência da época: “Alguns acórdãos confundem, lamentavelmente, fluência e contagem: 1.ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 7 de janeiro de 1918 (R. de D., 48, 567; R. J., 11, 159), e 2.ª Câmara, 13 de outubro de 1922, (R. de D., 68, 390; contra, a 15 de julho de 1921, R. de D., 62, 323). [...] A 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de junho de 1952 (R. dos T., 203, 194), julgou certo, dizendo que os juros da mora se somam desde a citação inicial, mas sobre o principal, posteriormente determinado na sentença de liquidação. Viu bem a diferença entre fluência e contagem de juros. Apenas deveria ter dito, mais explicitamente: ‘desde a citação inicial se de algum momento anterior não fluíram’. Os juros legais contam-se sobre o capital (e sobre os juros devidos, a despeito do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, art. 4º) a partir da citação inicial, se não houve mora anterior. Os juros moratórios correm da mora”.

47 Não obstante, respeitável doutrina manteve-se firme na interpretação em sentido contrário. J. M. de Carvalho Santos (1964, p. 307) posicionava-se no sentido de que o artigo veicularia termo inicial para os casos de obrigações ditas “incertas”: “[...] claro se nos afigura que exigindo o art. 1.064 que o *quantum* esteja fixado por um dos modos nele previstos, não é possível deixar de reconhecer que tal exigência é feita justamente para que a contagem dos juros possa ser realizada. Até aí, parece não haver dúvida. Esta surge quando se indaga: Isso, porém, desde quando? Lógica e juridicamente, a solução que se impõe é esta: os juros somente são devidos depois da fixação, mesmo porque não se concebe como os juros possam ser contados e exigidos antes de saber-se a quanto monta o quantum da indenização”. Silvio Rodrigues (2002, p. 259-260), de sua parte, afirmava: “Quanto às obrigações de outra natureza, que não as de dinheiro, os juros começam a correr desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes, pois antes desse momento era impossível o seu curso”.

A análise do debate legislativo a partir do qual se originou a parte final do artigo 407 revela-se extremamente útil à sua interpretação. Evidencia, a mais não poder, a inexistência de qualquer relação entre o escopo da norma e a fixação de termo inicial dos juros de mora. Com efeito, buscou-se unicamente estabelecer que os juros de mora não se limitam às prestações de dinheiro, devendo-se, nas demais prestações, considerar o valor pecuniário como base de cálculo dos juros.⁴⁸ Ademais, considerar que o aludido artigo veicula nova previsão de termo inicial iria de encontro com a sistemática adotada pelo Código, apartando, injustificadamente, o momento da constituição em mora do termo inicial dos juros moratórios. Isso porque a liquidação – por sentença, arbitramento ou acordo – não guarda pertinência com a constituição em mora.⁴⁹

Assim, mesmo nos casos em que a lei previu o termo inicial em momento posterior à citação inicial, o fez em virtude de que somente se poderia falar em mora àquela altura. Pense-se, por exemplo, no caso do artigo 85, § 16, do Código de Processo Civil, que estabelece como termo inicial dos juros de mora incidentes sobre os honorários de sucumbência a data do trânsito em julgado da decisão. O prazo, aqui, refere-se evidentemente à constituição em mora. Afinal, não se cogitaria

48 Como observava Spencer Vampré (1920, p. 191-192), “O art. 1064 não se refere ao *tempo* desde o qual se devem contar os juros da mora: refere-se tão sómente, *ao capital* sobre o qual os juros da mora devem ser contados, quando o objecto da dívida não fôr dinheiro, mas prestação de outra natureza”. Nessa direção, o Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo chegou a indicar qual seria a leitura correta da norma: “O artigo 1064 deve, pois, ser lido deste modo: ‘Ainda que não se allegue prejuizo, é obrigado o devedor, aos juros da mora, que se contarão assim ás dividas em dinheiro, como ás prestações de outra natureza, fixando-se o valor destas prestações por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes’” (VAMPRE, 1920, p. 191-192).

49 Na mesma direção, Judith Martins-Costa (2003, p. 407) afirma que “[...] não há como confundir-se o ‘desde que’ (alusivo ao fato de estar fixado o valor pecuniário da prestação) com o tempo da constituição em mora. Fica claro que os juros de mora se contam, uma vez que esteja fixado o valor das prestações não pecuniárias, observando-se, consoante as particulares regras de constituição em mora (*mora ex re* ou *mora ex persona*), o *dies a quo* correspondente”. Cf., na mesma linha, (FERREIRA DA SILVA, 2007, p. 230-231).

de mora na obrigação de pagamento de honorários de sucumbência em momento anterior à própria sucumbência.

A constituição em mora tem como função precisamente assinalar o momento a partir do qual incidem os efeitos da mora, dentre os quais sobrepõem os juros.⁵⁰ Como antes anotado, a imposição de pagamento dos juros de mora repousa na presunção de que a privação da prestação devida gera prejuízo ao credor, assim como pode representar, para o devedor, lucro ilícito, na medida em que proveniente da indevida disponibilidade de uma riqueza. Não há, portanto, qualquer arbitrariedade na opção legislativa de se contarem os juros em momento anterior à liquidação da obrigação.⁵¹

CONCLUSÃO

A complexidade na sistematização da disciplina dos juros moratórios no direito brasileiro justifica-se, em larga medida, pela pouca

50 Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 294-295) leciona que, constituído o devedor em mora, “[...] duas são as ordens de seus efeitos: a responsabilidade pelas perdas e danos e a perpetuação da obrigação”. Esclarece que o devedor fica obrigado “[...] a indenizar o credor pelo dano que o atraso lhe causar, seja mediante o pagamento dos juros moratórios legais ou convencionais, seja ressarcindo o que o retardo tiver gerado [...]”. Outro efeito da *mora debendi* é a denominada *perpetuatio obligationis*, em virtude de que responde o devedor moroso pela impossibilidade da prestação, ainda que tal impossibilidade decorra de caso fortuito ou de força maior” (PEREIRA, 2016, p. 294-295).

51 “O fato de a prestação postulada ser ilíquida apenas posterga a base de cálculo sem qualquer interferência no termo legal da contagem dos juros moratórios. Outrossim, convém ponderar que a manutenção da solução da contagem dos juros de mora após o trânsito em julgado premia o devedor que mantém o capital do credor sem qualquer remuneração” (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 138). Na jurisprudência, igualmente, verifica-se orientação voltada à incidência dos juros, mesmo nos casos de obrigação ilíquida, desde a citação inicial, se não houver constituição em mora em momento anterior. Ao propósito, confira-se a Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal: “Salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação”. Expressa o mesmo posicionamento a Súmula 204 do STJ: “Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida”. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, firmou tese, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que “[...] os juros de mora incidem a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública quando esta se fundar em responsabilidade contratual, cujo inadimplemento já produza a mora, salvo a configuração da mora em momento anterior”. Afirmou-se, no caso, que “[...] a jurisprudência desta Corte, embora não tratando de pretensão coletiva, não vê obstáculo à incidência de juros moratórios em período anterior à liquidação do crédito” (STJ, REsp 1.361.800/SP, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, julg. 21.5.2014).

atenção dispensada ao exame da função dos juros. Acentua-se o problema em razão da disputa histórica, por motivações religiosas e políticas, em torno da legitimidade da regulamentação dos juros, já comparados até mesmo ao assassinato.⁵² Nos sistemas hodiernos, contudo, os juros não apenas são admitidos, como desempenham papel fundamental na economia global. Assumem, outrossim, relevante função no direito das obrigações, integrando, como efeito do inadimplemento, a prestação devida pelo devedor que descumpre o dever que lhe incumbia.

Subsistem, por outro lado, algumas polêmicas especialmente quanto à taxa e ao termo inicial dos juros moratórios. No que diz respeito a este último aspecto, o ordenamento jurídico brasileiro reservou disciplina específica, composta pelos artigos que regulam a constituição em mora nas diversas modalidades de obrigações,⁵³ cujo conteúdo é ratificado por outras normas do sistema, como os artigos 405 e 407 do Código Civil e o artigo 240, *caput*, do Código de Processo Civil. Verifica-se, porém, certa dificuldade na aplicação dos aludidos preceitos, sobretudo diante de obrigações ilíquidas, nas quais há quem se mostre refratário à responsabilização do devedor com base em obrigação por este desconhecida, porquanto ausente predefinição do objeto – os juros de mora incidentes sobre o valor devido a título de compensação por dano moral parecem ilustrar bem a hipótese. Seguindo tal linha argumentativa, sustenta-se, em alguns casos, que os juros de mora deveriam correr somente a partir do momento em que estabelecido o valor líquido correspondente à condenação, o que se poderia extrair, à primeira leitura, da parte final do artigo 407 do Código Civil, que prevê que os juros de mora “[...] se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações

52 Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça (1911, p. 90) observa que Cícero “[...] comparava o juro ao assassinato. *Quid fenerari. Quid omnem occidere?*”.

53 Trata-se dos artigos 390, 397, *caput* e parágrafo único, e 398 do Código Civil.

de outra natureza, *uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes*” (BRASIL, 2002, grifou-se).

Esta proposta interpretativa, como se procurou demonstrar, parte de dois pressupostos equivocados: o primeiro quanto à função dos juros no ordenamento jurídico brasileiro e o segundo no que tange à interpretação do artigo 407 do Código Civil. Os juros moratórios encontram sua *ratio* na compensação da vítima do descumprimento – pela indevida privação do capital de que poderia dispor em virtude da lesão suportada – e na sanção do inadimplente – por conta da vedação ao enriquecimento sem causa.

De outra parte, a compreensão do artigo 407 do Código Civil como supedâneo para nova hipótese de termo inicial dos juros moratórios, a partir da expressão “uma vez que”, revela-se contrária à interpretação histórico-sistemática da norma, que, vinculada ao aspecto quantitativo dos juros⁵⁴ – notadamente quanto à sua base de cálculo –, não guarda pertinência com o termo inicial, conclusão que se mostra coerente com a origem legislativa do dispositivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lacerda de. **Dos efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e**

54 O próprio Capítulo em que se insere a norma (Capítulo IV – Dos Juros Legais) tem por escopo o aspecto quantitativo dos juros, destinando-se o artigo anterior (art. 405) à determinação taxa de juros aplicável.

responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2011.

BARASSI, Ludovico. **La teoria generale delle obbligazioni.** Milano: Giuffrè Editore, 1946. v. III.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. **Direito das coisas.** 5. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.

BRASIL. **Código Civil brasileiro:** trabalhos relativos à sua elaboração. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. v. I.

_____. **Código Civil brasileiro:** trabalhos relativos à sua elaboração. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. v. 2.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1958. v. IV.

_____. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 877.195/RJ, 4ª T., Rel.

Min. Jorge Scartezzini, julg. 28.11.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça, EREsp 727.842/SP, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 8.9.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.061.530/RS, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 22.10.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 731.527/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 23.6.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 903.258/RS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 21.6.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 888.751/BA, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25.10.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.201.340/DF, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 3.11.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.132.866/SP, 2ª S., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, julg. 23.11.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.114.398/PR, 2ª S., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 8.2.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp 1.025.298/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28.11.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça, EREsp 903.258/RS, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 15.5.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.361.800/SP, Corte

Especial, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, julg. 21.5.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 401.543/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.3.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.479.864/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão de afetação em 23.4.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.556.834/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão de afetação em 16.11.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 512.919/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 24.11.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 302.397/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 17.12.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.270.983/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.3.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.459.006/SC, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 10.3.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 730.055/RJ, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 4.10.2016.

CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. **Código do processo civil e commercial do Estado de São Paulo commentado**. São Paulo: Livraria Academica, 1930. v. II.

CAMPINHO, Sérgio. Sobre os juros no Código Civil de 2002. In: **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, jan./jun. 2005.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Doutrina e prática**

das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves e Cia, 1911. v. II.

_____. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito.** Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves e Cia, 1911. v. II.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960. v. VI.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1963. v. XII.

_____. **Código civil brasileiro interpretado.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1964. v. XIV.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. In: **Revista jurídica**, v. 58, Porto Alegre: Notadez, 2010.

FERRAZ, José Eduardo Coelho Branco Junqueira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. Final Award, ICC Case n. 16369, 2011. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Yearbook Commercial Arbitration 2014**. Kluwer Law International, 2014. v. XXXIX, p. 169-215.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIBERTINI, Mario. Interessi. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1972. v. XXII.

LINS, Thiago. **O lucro da intervenção e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAGALHÃES, José Carlos de. A cláusula arbitral nos contratos internacionais. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II.

MATTIETTO, Leonardo. Os juros legais e o art. 406 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 15, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

_____. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. t. XXII.

_____. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b. t. XXIV.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

_____. Estipulação contratual de opção unilateral de venda: controvérsias envolvendo o direito ao put. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Soluções Práticas de Direito: pareceres**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. II.

_____. Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 2, p. 6-8, out.-dez./2014.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Disgorgement of profits in brazilian law. In: E. Hondius, A. Janssen (Org.). Disgorgement of Profits, **Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**. New York City: Springer International Publishing, 2015. v. 8.

VAMPRÉ, Spencer. Juros Moratórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 35, jul./1920.

WALD, Arnoldo. **Aplicação da teoria das dívidas de valor às pensões decorrentes de atos ilícitos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1959.

Como citar: TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.55-86, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p55. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 05/12/2016

Aprovado em: 10/03/2017

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA: REFLEXOS DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

HOMOLOGATION OF FOREIGN ARBITRAL
AWARDS: REFLECTIONS OF THE NEW YORK
CONVENTION

Roger Moreira Soares*
Gustavo Filipe Barbosa Garcia**

* Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado. E-mail: rsmsoares@gmail.com.

** Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado. E-mail: gustavofbg@yahoo.com.

Como citar: SOARES, Rogerio Moreira; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Homologação de sentença arbitral estrangeira: reflexos da Convenção de Nova Iorque. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.87-124, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p87. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente estudo analisa os fundamentos e a obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Poder Judiciário nacional, com o fim de produzir efeitos no sistema jurídico interno, em comparação com o tratamento previsto para a sentença arbitral nacional. A arbitragem é forma alternativa de solução de conflitos que cada vez mais ganha espaço no âmbito empresarial. No plano internacional, a arbitragem tem como norma jurídica de destaque a Convenção de Nova Iorque, de 1958, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 4.311/2002. Essa norma estabelece as diretrizes

para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, respeitando a soberania de cada Estado signatário, pois prevê que a sua execução deve ocorrer em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a decisão arbitral é invocada.

Palavras-chave: Arbitragem. Sentença arbitral. Homologação. Convenção de Nova Iorque.

Abstract: This study examines the Brazilian Judiciary's requirements for the recognition of foreign arbitral awards, which result in the functioning of their legal effects in the domestic legal system. Therefore, this research compares and analyzes the Brazilian legal system's treatment of these foreign decisions with domestic awards. Nevertheless, it is without question that arbitration is an alternative form of dispute resolution with its use being especially important to the private sector. Internationally, the New York Convention of 1958 is the legislative standard for arbitration awards and the Decree 4.311/2002 incorporated it into the Brazilian legal system. Moreover, this norm establishes guidelines for the recognition of foreign and non-domestic arbitral awards, thus, respecting the sovereignty of each signatory State; however, the execution of these foreign awards have to be in accordance with the invoked country's rules of procedure.

Keywords: Arbitration. Arbitral award. Homologation. New York Convention.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a exigência de homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o enfoque da Convenção de Nova Iorque, principalmente quanto ao disposto em seu artigo III, ao vedar a imposição de condições substancialmente mais onerosas, em comparação com o procedimento previsto para o reconhecimento ou a execução de sentença arbitral doméstica, diante do cotejo das normas em vigor no Brasil.

Este trabalho examina os motivos pelos quais a utilização dos meios alternativos de solução de conflito tem se acentuado na sociedade globalizada, sendo o principal deles a crise do modelo exclusivamente estatal de pacificação das controvérsias, uma vez que o processo formal perante o Poder Judiciário se tornou, em certas hipóteses, custoso, demorado e rígido, sem atender às peculiaridades dos casos que são apresentados pelas partes.

Procurando afastar as dificuldades apresentadas pelo modelo tradicional de solução de conflito, ou seja, de jurisdição estatal, os particulares têm se utilizado de soluções alternativas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, objetivando a pacificação das controvérsias por meio de formas menos burocráticas, mais ágeis e técnicas.

Nesse contexto, a arbitragem se destaca tanto no âmbito nacional quanto internacional. Os valores envolvidos em disputas arbitrais normalmente são expressivos e a nacionalidade das partes na disputa é muitas vezes diversificada, podendo versar sobre interesses de empresas transnacionais.

A Convenção de Nova Iorque, considerada um avanço no desenvolvimento do comércio internacional, é aqui examinada sob o

enfoque de ter uniformizado, em âmbito internacional, os procedimentos de reconhecimento das decisões arbitrais, dando maior segurança às relações empresariais e civis entre pessoas e entes de países distintos. O conhecimento claro e prévio das regras de composição dos conflitos permitiu que a economia global se aperfeiçoasse, de modo que a Convenção de Nova Iorque é considerada essencial ao início dos desdobramentos da globalização, como se observa na doutrina de Arnaldo Wald (2008, p. 13-23).

Procura-se, ainda, apresentar a distinção entre sentenças arbitrais domésticas, estrangeiras e internacionais, bem como indicar, com base em ordenamentos jurídicos de certos países, a possibilidade de existência de sentenças arbitrais com mais de uma nacionalidade, denominadas plurinacionais. Trata-se de situação que pode ser observada quando um determinado ordenamento jurídico estabelece como regra para caracterização da nacionalidade da decisão arbitral o critério *ius solis* (territorial, onde a sentença for proferida), enquanto outro ordenamento se vale de critério diverso. A distinção se faz necessária justamente em razão da necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira para que possa ser executada no Brasil.

Por fim, este artigo analisa a exigência de homologação da sentença arbitral estrangeira para que seja conferida natureza de título executivo no ordenamento jurídico nacional, traçando um paralelo com os requisitos para a execução da sentença arbitral doméstica, em consonância com a legislação nacional e a Convenção de Nova Iorque. Objetiva-se, com isso, apresentar os fundamentos favoráveis e contrários à necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como a conclusão a respeito do tema.

1 CRISE DA ATUAÇÃO EXCLUSIVA DO ESTADO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O Estado atraiu para si a prerrogativa de solucionar os conflitos na sociedade, afastando a autotutela, o que impede os interessados de fazerem uso de suas próprias razões, com o intuito de impedir o estado de violência entre as pessoas, evitando a prevalência da lei do mais forte. Surge, assim, a atuação estatal na solução dos conflitos, conforme expõem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 20-21):

Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução). Nem sempre foi assim, contudo. Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão [...] A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e

hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

Ainda quanto ao tema, Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 29-30) ressalta que:

Primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir os direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos. Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça provada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial. O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Entretanto, o Estado, no caso, o Poder Judiciário, não acompanhou o crescimento dos litígios que lhe são apresentados, e a exclusividade na solução dos conflitos passou a ser vista como ausência de justiça, ao trazer mais insegurança do que paz social.

Além de não acompanhar o volume das demandas, o poder jurisdicional estatal recebe a crítica de que nem sempre tem condições de pacificar adequadamente os conflitos, pois muitas vezes apenas insere determinados fatos em normas pré-existentes, sem observar as

peculiaridades das questões submetidas a julgamento, transferindo para a lei a responsabilidade da decisão proferida no caso concreto. A respeito do tema, conforme expõem Fabiana Marion Spengler e Jose Luis Bolzan de Moraes (2007, p. 314):

Todavia, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face,” uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força. O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. “Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto”. Nestes termos, os juízes crêem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem. A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes?

Ainda no que tange a essa questão, segundo ressalta Marco Aurélio Gumieri Valério (2010, p. 61):

A velocidade com que os acordos são fechados, as mercadorias circulam e a riqueza é transferida exige que eventuais conflitos sejam solucionados em tempo hábil, impondo a preferência por um método de resolução de controvérsias especializado e informal. Não é raro verificar que a tutela jurisdicional tardia, ainda que a decisão prolatada seja favorável à parte demandante, cause a ela dano irreparável, tornando inalcançável o ideal de justiça.

Quando da análise da atual crise funcional do Estado, caracterizam-na justamente como a “[...] perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhes são inerentes [...]” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 147), acrescentando que se observa:

[...] além de uma mudança no perfil clássico das funções estatais produzida pela transformação mesma da instituição estatal, a fragilização do Estado em suas diversas expressões quando perde concorrencialmente diante de outros setores - privados, marginais, nacionais, locais, internacionais, etc. - a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos. (STRECK; MORAIS, 2004, p. 147).

A crise do modelo exclusivamente estatal, em certos casos considerado ineficaz e injusto pelos jurisdicionados, abriu espaço para a procura cada vez mais acentuada por meios diferenciados de solução dos conflitos, deixando-se de depender exclusivamente do Estado para a pacificação social.

2 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

O contexto anteriormente apresentado torna nítida a relevância dos chamados meios alternativos de solução dos conflitos na atualidade.

Sustentam que a solução alternativa do conflito reconduz às partes a responsabilidade pela composição do litígio, bem como retira o autoritarismo dos atos decisórios e valoriza a autonomia de vontade:

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos à jurisdição, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “justiça de proximidade e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios” (SPENGLER; MORAIS, 2007, p. 315).

Entende-se como solução alternativa do conflito a pacificação da controvérsia por meio diverso da intervenção estatal, afastando do Estado a exclusividade das atividades voltadas à paz social. Podem ser mencionadas, nesse sentido, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Segundo as lições de Jean Robert, a arbitragem é entendida como

a “instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de Direito Comum, para ser resolvidos por indivíduos revestidos, pela circunstância, da missão de julgar” (ROBERT apud PARRA, 1990, p. 223).

Jorge Barrientos Parra (1990, p. 223-224) afirma que a arbitragem se assenta na seguinte tríade: existência de lide entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; que os litigantes indiquem contratualmente um terceiro alheio à lide para resolver a questão, devendo este observar os procedimentos estabelecidos no compromisso arbitral e a legislação aplicável; e a existência do caráter vinculante da sentença arbitral para as partes a ela submetidas, com força executória nos tribunais judiciais.

Trazendo as características da arbitragem e diferenciando-a da mediação, Hildebrando Accioly, Paulo Borba Casella Geraldo e Eulalio do Nascimento e Silva (2012, p. 1.191) expõem que:

As principais características da arbitragem são: a) o acordo de vontades das partes para a fixação do objeto do litígio e o pedido de sua solução a um ou mais árbitros; b) a livre escolha destes; c) a obrigatoriedade da decisão. Distingue-se da mediação em que esta última oferece o caráter de simples conselho, enquanto a primeira se apresenta, em seu resultado, como sentença definitiva, que deve ser obedecida: o mediador é, por conseguinte, um conselheiro, ao passo que o árbitro é um juiz.

A negociação difere da mediação, pois não há naquela a presença de um terceiro, deixando exclusivamente às partes a responsabilidade pela composição, que solucionam o conflito sem a intervenção de pessoas alheias aos interesses envolvidos.

Entre os meios alternativos de solução de controvérsias, a arbitragem tem se destacado como forma célere, adequada e especializada de pacificação de conflitos, principalmente no âmbito empresarial e internacional. A arbitragem tem se difundido de modo crescente, inclusive em face da adequação à solução de certos interesses em litígio, principalmente pela possibilidade de escolha de árbitros especializados pelas partes.

Como importante norma de Direito Internacional, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, denominada Convenção de Nova Iorque, foi aprovada em 10 de junho de 1958 pelas Nações Unidas.

Após a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de um novo instrumento voltado às sentenças arbitrais estrangeiras surgiu devido à ineficácia da Convenção de Genebra, de 1927, notadamente em face do baixo número de ratificações desse instrumento internacional.

Segundo expõe Arnoldo Wald (2008, p. 21), a Convenção de Nova Iorque permitiu o avanço do comércio internacional, por trazer maior segurança nas formas privadas de solução de conflitos, afirmando tratar-se de um primeiro passo para a globalização:

É um tratado pioneiro por várias razões. Efetivamente, como instrumento de homogeneização legislativa, permitiu a circulação internacional das decisões arbitrais, que deixou de encontrar os obstáculos existentes no passado. Podemos, até, afirmar que se trata de um primeiro passo para a globalização da economia e do direito, que ocorreria algumas décadas depois, mas que a Convenção respeitou as peculiaridades nacionais, equilibrando, assim, os interesses eventualmente conflitantes. Finalmente, constituiu uma forma de contratualização e de

privatização do direito, ao permitir soluções consensuais decorrentes da autonomia da vontade das partes, independentemente do funcionamento da Justiça Estatal, mas sem desrespeito à mesma.

Frisa-se ainda que a Convenção de Nova Iorque surgiu após a Segunda Guerra Mundial, na fase de reconstrução da Europa, no início da Guerra Fria, com o objetivo de intensificar o comércio entre Estados de formação, cultura e ideologia diferentes. Os países em desenvolvimento buscavam a sua reestruturação e o crescimento não por simples ajuda dos demais Estados considerados desenvolvidos, mas pelo comércio (WALD, 2008, p. 19).

Apesar do surgimento da Convenção de Nova Iorque em 1958, somente em 2002 o Brasil a promulgou, o que pode ser justificado por anterior posicionamento contrário a seu respeito, manifestado em diversos pareceres do então consultor jurídico do Itamaraty, Hildebrando Accioly (ARAUJO, 2008, p. 46). Entretanto, apesar da tardia ratificação do referido tratado internacional, pode-se dizer que a aceitação das previsões da Convenção de Nova Iorque ocorreu de forma tácita pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), conforme explica Arnoldo Wald (2008, p. 17):

A Convenção inspirou as novas leis nacionais elaboradas posteriormente, tendo havido modificações legislativas na maioria dos países entre 1980 e 2000. Assim, no Brasil, a Lei 9.307/96 inspirou-se na Convenção de Nova Iorque, em vários dos seus aspectos, e até a aprimorou. Como o Brasil somente aderiu à Convenção em 2002, chegou-se a afirmar que, anteriormente, tinha havido uma espécie de ratificação tácita e de incorporação do seu texto pela legislação nacional brasileira, constituindo “uma

espécie de adesão por osmose”.

Embora já integrada ao ordenamento jurídico pátrio, a Convenção de Nova Iorque, de certa forma, acabou não trazendo profundas transformações ao sistema jurídico brasileiro, visto que a Lei de Arbitragem, de 1996, em diversos aspectos, foi elaborada sob a sua influência, adotando algumas de suas previsões.

3 SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL, ESTRANGEIRA, INTERNACIONAL E PLURINACIONAL

É importante apresentar os conceitos e as características das sentenças arbitrais quanto à nacionalidade. Essa questão tem consequências quanto ao reconhecimento das decisões arbitrais no ordenamento jurídico como títulos executivos.

O ordenamento pátrio, por meio da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), valeu-se de referência de certa forma singela, ao adotar o critério territorial, ou seja, o chamado *ius solis*. Desse modo, ao ser proferida a sentença arbitral no território nacional, a sentença é considerada doméstica (artigo 34, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a *contrario sensu*). Ao se utilizar esse critério, pouco importa se as partes litigantes sejam estrangeiras, se o direito ou o contrato discutido extrapole os limites territoriais do País, se o árbitro eleito seja estrangeiro ou se o tribunal arbitral possua sede em outro país, com representação no território nacional. Sendo proferida no Brasil, a sentença arbitral é considerada nacional.

Carlos Augusto da Silveira Lobo (2006, p. 69), ao questionar o método adotado pela legislação pátria para caracterizar como nacional

a sentença arbitral, expõe a seguinte hipótese:

Os que entendem que a sentença é proferida no lugar em que os árbitros a subscrevem esbarram logo de início numa dificuldade insuperável. Suponhamos um tribunal composto de três árbitros, um deles residindo e exercendo atividades no Japão, outro na Inglaterra e outro no Brasil. Suponhamos ainda que os três tenham discutido e aprovado os termos da sentença sem se reunirem em um só local, pois utilizaram meios eletrônicos para se comunicarem (internet ou videoconferência). Essas suposições não decorrem da imaginação do autor, pois são de frequente ocorrência na prática da arbitragem internacional. Então perguntamos: É razoável exigir que os três se desloquem apenas para assinarem a sentença arbitral no lugar designado pela convenção de arbitragem consoante o inciso IV do artigo 10 da Lei nº 9.307? Será infringido esse dispositivo, se cada um dos árbitros permanecer no lugar em que se acha, sendo a sentença remetida para cada um deles e devolvida, depois de assinada, por correio especial? Nesse caso, a sentença será estrangeira por conter duas assinaturas apostas no exterior, ou será considerada doméstica porque foi assinada no Brasil pelo árbitro que aqui tem residência? A questão terá de ser resolvida por critérios arbitrários e de conteúdo fortuito, como, por exemplo: a sentença foi proferida no país em que foi aposta a primeira assinatura, ou no país em que se encontrava o último árbitro que a assinou, ou no país onde se encontrava o árbitro presidente; ou, se tiver uma das assinaturas aposta no Brasil, será doméstica.

A situação acima pode se tornar cada vez mais comum na sociedade da informação, em que a tecnologia e os meios de comunicação possibilitam o estreitamento das diversas relações jurídicas. Ao se

buscar a imparcialidade no julgamento pela arbitragem, em que a tradição e a formação dos árbitros poderiam dar margem a um prévio juízo de convencimento, seria possível pensar em eleger árbitros com nacionalidades e situados em localidades diversas, podendo ser, por exemplo, um de certa nacionalidade, residente no Brasil, outro de nacionalidade distinta, residente na China, e um terceiro de nacionalidade diversa, residente na Alemanha, todos proferindo os seus votos no julgamento arbitral. Em situações assim, é possível que a sentença arbitral possa ser considerada brasileira, em razão de um dos seus julgadores se situar no Brasil, podendo, entretanto, apresentar outras nacionalidades, conforme parâmetros adotados por outros países para distinguir sentença arbitral doméstica de estrangeira. Desse modo, a falta de uniformização quanto ao tema merece certa crítica.

As situações expostas mostram a fragilidade do critério meramente territorial adotado. Entretanto, esse entendimento é o que prevalece no sistema jurídico brasileiro, como reconhece a jurisprudência, a exemplo da decisão proferida no Recurso Especial nº 1.231.554/RJ, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de maio de 2011, o qual teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi.

Nesse julgamento foi decidido que “[...] a determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais [...]”, fazendo-se referência ao disposto no art. I da Convenção de Nova Iorque, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 4.311/2002. Conclui-se que no ordenamento jurídico nacional foi adotada como elemento de conexão a territorialidade. Desse modo, o “[...] lugar onde foi proferida a sentença arbitral’ não suscita maiores dúvidas, ante a clareza das disposições contidas na Lei da Arbitragem” (WALD, 2008, p. 18).

Esclareça-se que o referido julgado deu provimento a recurso interposto, decidindo que a sentença deve ser considerada doméstica, por ter sido proferida em território nacional. Houve, assim, a reforma do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 0062827-33.2009.8.19.0000, oriundo da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos, de 23 de fevereiro de 2010, no qual foi adotado o entendimento de que o fato de as partes terem escolhido um Tribunal Arbitral com sede em Paris (Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional) teve o condão de indicar que desejaram a solução do litígio por decisão estrangeira, bem como, apesar de proferida por árbitro nacional, este estaria vinculado e representava a entidade arbitral estrangeira, seguindo, inclusive, as suas normas específicas e próprias.

A respeito do tema, José Eduardo Carreira Alvim (2007, p. 181) expõe a disciplina básica sobre o tema na legislação nacional:

Para ser considerada estrangeira, basta que a sentença arbitral tenha sido proferida fora do território nacional, pouco importando a nacionalidade dos árbitros ou do tribunal, bem assim as regras (materiais ou procedimentais) que tenham presidido o juízo arbitral. Por isso, determina a Lei nº 9.307/96, dentre os requisitos obrigatórios do compromisso, dele conste o lugar em que será proferida a sentença arbitral, pois é este o seu elemento nacionalizante ou internacionalizante. Da mesma forma, se for proferida no território brasileiro, a sentença arbitral será nacional, ainda que proferida por árbitro ou tribunal estrangeiro, segundo regras (materiais ou procedimentais) não-nacionais. O critério adotado foi o *ius solis*.

Desse modo, no ordenamento jurídico nacional ficou definido que a sentença arbitral estrangeira é “[...] a que tenha sido proferida fora do território nacional [...]”¹, enquanto que, a *contrario sensu*, a sentença arbitral nacional é a proferida nos limites territoriais do País.

Outros métodos de identificar a nacionalidade da sentença arbitral são apontados pela doutrina, observando-se o Direito comparado. Com isso, os diversos sistemas jurídicos, cada qual com seus critérios de caracterização de sentença doméstica e estrangeira, podem acarretar o surgimento de sentenças arbitrais de nacionalidades plúrimas, conforme explica Edoardo Flávio Ricci (2004, p. 218):

Mas é possível enfrentar o tema da nacionalidade da sentença arbitral, sob outra ótica: a de sua qualificação nos diferentes sistemas de direitos. Nesse caso, constata-se que uma sentença arbitral pode ser qualificada como nacional por mais de um direito, podendo-se, então, falar de nacionalidade plúrima da sentença arbitral à semelhança da hipótese da dupla nacionalidade do cidadão. Sob o aspecto formal, a sentença arbitral é única; entretanto, verifica-se que mais de um Estado a considera como tendo sua nacionalidade, ignorando as demais nacionalidades que lhe atribuem outros Estados e, ao mesmo tempo, refutando a possibilidade de qualificá-la como estrangeira.

Edoardo Flávio Ricci (2004, p. 221) faz ainda referência a exemplo em que, sendo proferida em território nacional a sentença arbitral, por óbvio que terá a nacionalidade brasileira, mas também, dependendo do caso, poderá a decisão arbitral possuir a nacionalidade

1 Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), artigo 34, parágrafo único.

da Alemanha, da Itália e da Suíça, pois os ordenamentos jurídicos desses países não se filiam à teoria territorial para definir a nacionalidade da sentença arbitral, mas adotam o critério da sede da arbitragem, que é escolhida pelas partes contratantes, ou definida pelos árbitros, no caso de ausência de manifestação das partes a respeito, como ressalta:

A sede da arbitragem não tem relação com o local em que é proferida a sentença. Trata-se, em vez, de simples localização legal da arbitragem, de livre escolha das partes ou dos árbitros. Igualmente não tem interferência o local do procedimento da arbitragem. Importante observar que tudo isso é aceito por unanimidade, não havendo discrepância de opiniões.

Assim, se a arbitragem ocorrer no Brasil, com todo o desenvolvimento do procedimento em território nacional, a sentença arbitral será doméstica para o sistema jurídico nacional. Entretanto, se constar cláusula no sentido de se eleger a sede legal da arbitragem em Milão/Itália, embora esse aspecto não gere efeitos para o sistema brasileiro, a sentença arbitral pode ser classificada de modo distinto por outro país que leve em consideração esse aspecto.

Carlos Alberto Carmona expõe o modelo jurídico francês, que adotou o conceito de sentença arbitral doméstica e sentença arbitral internacional:

Os franceses preferiram a conceituação mais etérea: é internacional, diz o art. 1.492 do Código de Processo Civil francês, a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional. Tal definição – disse Habscheid com precisão – é por um lado muito vasta, e por outro muito limitada: segundo o

critério francês, seria considerada internacional uma arbitragem submetida a um órgão internacional com sede em Paris onde litigassem dois comerciantes franceses concorrentes no plano internacional; por outro lado, não seria arbitragem internacional aquela desenvolvida em Nice para solucionar disputas entre dois herdeiros de uma rica senhora inglesa, falecida na Côte D'Azur, acerca de propriedades na França, Suíça e Inglaterra. Mas se fosse o caso de definir, através da arbitragem, a liquidação de interesses comerciais da falecida, a arbitragem seria internacional (CARMONA, 2009, p. 438-439).

Explica Giovanni Bonato (2015, p. 264) que o modelo francês, para caracterizar a internacionalização da arbitragem, utiliza critério exclusivamente econômico que transcende os limites territoriais de um único país:

Impende frisar que o critério da internacionalização da arbitragem, previsto pelo CPC francês, é claramente de tipo econômico e se caracteriza pelo fato de que o litígio submetido ao árbitro tem por objeto uma operação que não se desenvolve economicamente em um só país, pois implica um movimento de recursos além das fronteiras, envolvendo o comércio transfronteiriço. Esse critério é puramente econômico, na medida em que faz abstração dos elementos jurídicos de extraneidade, como a nacionalidade, o domicílio e a residências das partes, o lugar da celebração do contrato objeto do litígio e a sede da arbitragem.

Como se observa, a sentença internacional transcende os interesses de um ordenamento jurídico e a solução a ser proferida produz efeitos perante relações comerciais mantidas além dos limites territoriais

de um único país.

A Convenção de Nova Iorque prevê no artigo I a sua aplicação ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não seja aquele em que se pretenda o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Além disso, a Convenção de Nova Iorque aplica-se a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se pretenda o seu reconhecimento e a sua execução. Nesse último caso, portanto, o Estado poderia estabelecer critérios para afastar a natureza de decisão arbitral doméstica, atribuindo-lhe o caráter de sentença arbitral internacional, como ocorre no ordenamento jurídico francês, conforme mencionado anteriormente.

O caráter internacional da sentença arbitral, que considera o alcance e elementos tratados no procedimento arbitral, está previsto na Lei Modelo UNCITRAL, em seu artigo 1, item 3:

Uma arbitragem é internacional se:

- a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou
- b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede;
 - (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem;
 - (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou
 - (iii) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

Francisco José Cahali (2014, p. 408), citando José Maria Rossani Garcez, sustenta que a legislação nacional não se preocupou em definir o que seria a arbitragem internacional, mas apresenta critérios para identificar a referida natureza:

[...] ‘para diferenciar a arbitragem nacional da internacional pode-se, basicamente, utilizar o mesmo critério diferenciador entre os contratos nacionais e internacionais: nos primeiros acham-se presentes, em geral, elementos conectados a um mesmo sistema legal, as partes têm residência no mesmo Estado e este, em geral, não difere daquele em que o contrato será executado’, enquanto ‘nos contratos e nas arbitragens internacionais, em geral intervêm legislações em conexão com mais de um sistema legal nacional, as partes têm domicílio em países diferentes, o local da constituição da obrigação contratual ou da convenção arbitral em geral ocorre em país estranho ao domicílio de uma das partes, o local da execução do contrato, ou da realização da arbitragem, pode ser um dos países de domicílio de uma das partes ou, ainda, um terceiro país’.

Considerando as características de diversos ordenamentos, é possível que a sentença arbitral apresente, ao mesmo tempo, conforme o país, por exemplo, a nacionalidade brasileira, italiana e, ainda, para o ordenamento francês possua natureza internacional, caso a arbitragem ocorra em território nacional, mas com eleição da sede legal em alguma cidade da Itália e envolva litígio sobre comércio internacional.

4 EFICÁCIA DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL E EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL:

NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

De início, é importante esclarecer que há certa controvérsia doutrinária quanto ao tema: uma corrente sustenta a desnecessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira e outra defende a sua necessidade, a fim de que possa produzir efeitos jurídicos no território nacional. Assim, passa-se a analisar essa temática, apresentando os principais argumentos de ambas as correntes.

A homologação de sentença arbitral estrangeira e a sua inserção no sistema jurídico nacional são regidas, essencialmente, pelas seguintes normas jurídicas: Constituição Federal de 1988, artigo 105, inciso I, alínea “i”; Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, artigos 34 a 40 (Lei de Arbitragem); Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, que promulgou a Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958; Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigos 15 ao 17 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, artigos 960 ao 965 (Código de Processo Civil de 2015); e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, artigos 216-A ao 216-X, (artigos incluídos pela Emenda Regimental nº 18, de 2014, e que revogou a Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, todos do Superior Tribunal de Justiça).

A expressa previsão da necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira consta do artigo 35 da Lei de Arbitragem.

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 515, incisos VII e VIII, prevê a sentença arbitral e a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça como títulos executivos judiciais.

O procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça é disciplinado nos artigos 216-A ao

216-X do Regimento Interno do próprio STJ.

Devem ser examinadas, assim, as posições favoráveis e contrárias à necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira.

É importante notar que a Lei de Arbitragem, em seu artigo 34², estabelece a sua posição de norma subsidiária quanto ao reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil, por ser aplicada na ausência de tratado internacional com eficácia no ordenamento interno.

O mesmo ocorre com o artigo 960, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, que remete a disciplina da homologação da sentença arbitral estrangeira a tratado ou lei especial, qual seja, a Lei de Arbitragem, que, por sua vez, como mencionado, é aplicável de forma subsidiária, devendo ser observada no caso de omissão de tratado internacional sobre a matéria.

A Lei nº 9.307/1996 é diploma legal que versa exclusivamente sobre arbitragem, enquanto a Convenção de Nova Iorque trata especificamente de sentença arbitral estrangeira. O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, é norma processual de caráter geral, que não revoga as normas específicas.

Sustenta Luiz Antonio Scavone Júnior (2014, p. 233-234) que a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira não possui fundamento no artigo 35 da Lei de Arbitragem ou no Código de Processo Civil, mas que essa exigência decorre da previsão constitucional:

2
Todavia, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo STJ não decorre do art. 35 da Lei de Arbitragem ou do art. 483 do CPC, mas de dispositivo constitucional (art. 105, I, i), hierarquicamente superior aos tratados, equiparados que são às leis ordinárias. Portanto, a homologação é necessária.

2 Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem). Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

A rigor, o artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal de 1988, incluída pela Emenda Constitucional 45/2004, prevê a *competência* do Superior Tribunal de Justiça para a homologação da sentença estrangeira, mas não dispõe expressamente sobre a necessidade de homologação de sentença arbitral estrangeira propriamente.

Em verdade, se a obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral estrangeira, como exigência para produzir efeitos no Brasil, decorresse do artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal de 1988, que é norma hierarquicamente superior à Convenção de Nova Iorque, não teria validade nem mesmo o artigo 961, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, ao prever que a sentença estrangeira de divórcio *consensual* produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Pode-se concluir, assim, que a Constituição da República, no artigo 105, inciso I, alínea “i”, não prevê a obrigatoriedade da homologação, mas apenas estabelece a competência quanto à matéria.

A Convenção de Nova Iorque, em seu artigo III, dispõe que cada Estado signatário deve reconhecer as sentenças como obrigatórias e as executar em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, embora também de acordo com as condições estabelecidas no referido diploma internacional. Ademais, determina o referido dispositivo que para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a Convenção de Nova Iorque se aplica não devem ser impostas **condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as exigidas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas** (grifou-se).

Ao se interpretar essa previsão, nota-se que o Estado signatário pode estabelecer os procedimentos para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira, o qual pode ser um pouco mais oneroso, porém não de forma substancial; além disso, não se admite a exigência de taxas mais altas do que para o reconhecimento e a execução de sentença arbitral doméstica.

A questão é saber o que seriam condições substancialmente mais onerosas, pois a sentença arbitral doméstica, se descumprida, pode dar início ao processo judicial de execução de imediato, enquanto a sentença arbitral estrangeira precisa ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. O tempo médio para isso, segundo estudos do Comitê Brasileiro de Arbitragem, em análise feita desde o início da vigência da Lei de Arbitragem, de 1996, até 2009, é de 17,4 meses até o trânsito em julgado, sem considerar eventual recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Após o procedimento de homologação da sentença arbitral estrangeira, ela ainda estará sujeita às demais impugnações judiciais que uma sentença arbitral doméstica também pode receber.

Diferenciando a natureza da sentença judicial estrangeira da sentença arbitral estrangeira, José Carlos Magalhães (1997, p. 43) assevera que a homologação da sentença judicial estrangeira pelo Judiciário local se justifica por se tratar de ato oficial emitido por autoridade pública estrangeira, ressaltando que o artigo 181 da Constituição Federal de 1988, a fim de evitar a aplicação extraterritorial dos atos administrativos e judiciais estrangeiros no território nacional, submete-os à aprovação do Poder competente interno. Entretanto, o referido autor apresenta entendimento diverso quando se trata de sentença arbitral estrangeira:

Não é o caso do laudo arbitral, ato privado,

proferido por pessoa ou pessoas naturais, despidas de qualquer autoridade pública e não atuando em nome de qualquer país. A sua execução, no Brasil, tem o mesmo caráter do cumprimento de contrato internacional firmado fora do país e aqui cumprido, não se cogitando de submetê-lo à prévia apreciação do Judiciário. Em caso de descumprimento, a parte interessada poderá ingressar com ação judicial, caso em que, e somente nesse caso, o Poder Judiciário, como faria com qualquer contrato, mesmo nacional, examinará sua adequação a princípios jurídicos do país (MAGALHÃES, 1997, p. 44).

De acordo com a posição acima indicada, um contrato internacional para ser executado no Brasil não necessita de homologação ou autorização do Poder Judiciário. Logo, esse mesmo contrato com a previsão de arbitragem em câmara estrangeira para dirimir conflitos também não necessitaria, após a intervenção de árbitros, de ser homologado, na atualidade, pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse enfoque, não haveria alteração da natureza jurídica privada do contrato, mesmo que internacional, quando submetido à arbitragem (MAGALHÃES, 1997, p. 44; SAMPAIO, 2012, p. 126).

Conforme esse entendimento, o contrato continuaria a ser o mesmo, apenas com a intervenção previamente contratada pelas partes para a solução do conflito pelo árbitro. A sentença arbitral (estrangeira) não seria algo dissociado do contrato a ser cumprido. Desse modo, se este não exige homologação pelo Poder Judiciário para ter eficácia no sistema jurídico nacional, também não deixaria de tê-la quando o árbitro, escolhido pelas partes, apresentasse a solução do conflito oriundo desse contrato (MAGALHÃES, 1997, p. 44).

Carlos Alberto Vilela Sampaio (2012, p. 126) também sustenta

o caráter privado da sentença arbitral, assim expondo:

Trata-se indiscutivelmente de mecanismo privado, extrajudicial portanto, de solução de litígios, no qual um terceiro escolhido pelas partes por meio de um contrato profere uma decisão sobre a controvérsia havida. Naturalmente o seu resultado, o laudo arbitral, não poderia ter outra natureza que não a privada, contratual. Não foi essa a conduta adotada pelo legislador.

Como se pode notar, por ser a arbitragem uma forma alternativa de solução de conflito oriunda da vontade das partes, com caráter extrajudicial, envolvendo tão somente direitos patrimoniais disponíveis, com a pacificação feita por terceiros (árbitros) escolhidos pelas partes, segundo parte da doutrina, seria equivocada a exigência da legislação brasileira de homologação de ato jurídico desprovido de autoridade estatal, isto é, da sentença *arbitral* estrangeira.

A presença de ato proferido por autoridade *estatal* estrangeira é que demandaria a homologação pelo Poder Judiciário brasileiro, mas não um contrato particular, ainda que seguido de laudo arbitral, seja ele doméstico, estrangeiro ou internacional.

Entretanto, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência e a legislação brasileira indicam a natureza jurisdicional da decisão arbitral, tornando necessária a homologação quando se tratar de sentença estrangeira, tal como ocorre na jurisdição estatal.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 23), analisando o conceito de tutela jurisdicional, esclarecem que esta não se confunde com o serviço realizado pelos juízes no exercício da função estatal, tratando-se, na verdade:

[...] do resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na decisão judicial em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela efetivamente produz fora do processo e sobre as relações entre pessoas ou entre estas e os bens da vida.

Efetivamente, o sistema jurídico nacional reconhece a natureza jurisdicional da sentença arbitral, a exemplo do artigo 42 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil de 2015), ao prever que as causas cíveis devem ser processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei, bem como no artigo 485, inciso VII, ao reconhecer a competência do juízo arbitral, em detrimento do juízo estatal. O Código de Processo Civil de 2015 estabelece ainda, de forma expressa, que a sentença arbitral tem natureza de título executivo judicial (artigo 515, inciso VII).

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) também é expressa em identificar a natureza jurisdicional do laudo arbitral, a exemplo do artigo 3º (“juízo arbitral”). O artigo 14 do referido diploma legal impõe aos árbitros os mesmos impedimentos ou suspeições dos juízes, o artigo 17 equipara os árbitros aos funcionários públicos para efeitos de legislação penal e, por fim, o artigo 18 estabelece que o árbitro é juiz de fato e de direito, bem como profere sentença que não fica sujeita a recurso ao Poder Judiciário.

Tanto a legislação pátria adotou a natureza jurisdicional da arbitragem que estabeleceu, como forma de interrupção da prescrição, a instituição do procedimento arbitral (artigo 19, § 2º, da Lei de Arbitragem). Ademais, o procedimento arbitral deve respeitar os

preceitos processuais aplicáveis à jurisdição estatal, como o princípio do contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros e o livre convencimento (artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996). Além disso, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (artigo 31 da Lei de Arbitragem).

Logo, o sistema jurídico não deixa dúvidas quanto à natureza jurisdicional da sentença arbitral, ao reconhecer a jurisdição (não estatal) exercida pelos tribunais arbitrais. Observa-se, portanto, que a jurisdição não é atividade exclusiva do Estado.

Analisando a natureza jurisdicional da arbitragem, assim expõe Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 39):

[...] hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro. [...] Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos. Não é à toa ou por acaso que a arbitragem se situa no contexto dos meios de solução de conflitos (conquanto alternativo).

É oportuna a observação de Suzana Santi Cremasco e Tiago Eler Silva (2011, p. 376), ao esclarecerem que quando se opta pela arbitragem

não se abre mão da jurisdição, mas sim da exclusividade do Estado para a solução de conflitos:

Por outro lado, improcede, ainda, a afirmação no sentido de que ao optarem pela arbitragem, as partes renunciariam à jurisdição, aqui tomada, na sua essência, como função desempenhada por terceiros no sentido de por fim à controvérsia até então existente. Com efeito, ao firmarem a convenção arbitral as partes não renunciam à jurisdição, mas à jurisdição estatal, optando, pois, por submeter o seu conflito de interesses à jurisdição convencional.

Conforme salientam os referidos autores, embora limitada quanto às atividades de coerção, por se necessitar do Poder Judiciário quanto a elas, a arbitragem não deixa de ser caracterizada como jurisdição:

É certo, porém, que enquanto modalidade de jurisdição não judiciária que é e em face do seu caráter eminentemente privado, a jurisdição arbitral permanece limitada apenas para o exercício do *iudicium*, em todos os seus termos e prerrogativas, reservando-se a realização do *imperium* apenas ao juízo estatal. Isso ocorre na medida em que a realização do *imperium* pressupõe a realização de atos que implicam em expropriação forçada, ou seja, que pressupõem o uso da força (coerção), uso da força esse sim que o Estado detém em caráter de monopólio. A limitação, aqui, longe de descaracterizar o caráter jurisdicional da arbitragem, traz para ele uma limitação, isto é, uma medida, numa noção que se aproxima sobremaneira do conceito de competência (enquanto medida da jurisdição) assentado na ciência processual para a jurisdição estatal (CREMASCO; SILVA, 2011, p. 378).

Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery (2006. p. 140-141), analisando a jurisdição arbitral, expõem ainda que:

5. Jurisdição e árbitro. Instituído o juízo arbitral por convenção de arbitragem celebrada entre as partes, nele o árbitro é juiz de fato e de direito (LArb 18), decide a lide substituindo a vontade das partes, e sua sentença não fica sujeita a recurso nem precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, tendo força de coisa julgada material. Conquanto não seja juiz nomeado mediante concurso de provas e títulos, exerce jurisdição.

Ainda segundo os mencionados autores:

1. Jurisdição arbitral. A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de ‘sentença’, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 475-N IV), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de impugnação ao cumprimento de sentença com fundamento no CPC 475-L, segundo a LArb 33 §3º. (NERY JR; NERY, 2006. p. 1167).

Por fim, diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecem o caráter jurisdicional da arbitragem, podendo ocorrer, inclusive, conflito de competência entre o juízo arbitral e juízo estatal, o que demonstra tratar-se de efetiva jurisdição. Nesse sentido, pode ser indicado, como exemplo, acórdão da Segunda Seção do Superior

Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 111.230/DF, relatora ministra Nancy Andrichi, publicado no Diário da Justiça eletrônico de 03.04.2014, ao assim destacar: “A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”.

Portanto, não se pode conceituar a jurisdição como o poder exclusivo do Estado de dizer o direito no caso concreto, mas sim como forma de solução de conflito com a finalidade de se alcançar a paz social. É justamente esse o objetivo do procedimento arbitral, o que justifica a sua natureza jurisdicional.

Logo, assim como ocorre com a sentença estatal estrangeira, exige-se a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça também nos casos de sentença arbitral estrangeira.

CONCLUSÃO

Não mais se justifica a exclusividade do Estado na solução dos conflitos e na concretização da paz social. Mesmo porque a demora na pacificação das controvérsias pode se aproximar da própria ausência de justiça.

A crise do modelo estatal de solução judicial reforçou a presença dos meios alternativos de pacificação social. Além de se demonstrar moroso e custoso em certos casos, alega-se que o modelo estatal perdeu credibilidade quanto ao conhecimento técnico específico para se decidir determinadas demandas que são apresentadas.

A arbitragem, ao possibilitar às partes o estabelecimento do procedimento para a solução dos conflitos de interesses, bem como a

escolha de árbitros que possuam imparcialidade e conhecimentos técnicos necessários ao julgamento da controvérsia, tem merecido cada vez maior ênfase, principalmente na esfera empresarial, tornando-se importante meio de solução de controvérsias nesse âmbito.

A Convenção de Nova Iorque serviu para ampliar o comércio internacional e incentivar os investimentos, versando sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Consolidou-se, assim, como relevante marco jurídico no processo de globalização econômica, ao trazer maior segurança e fomento às relações comerciais entre agentes e atores sociais de países distintos.

A necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, notadamente em razão do tempo necessário para esse procedimento, em tese, poderia ser vista como condição substancialmente mais onerosa para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, sabendo-se que a sentença arbitral doméstica não está submetida à mesma exigência. Ainda assim, prevalece o entendimento de que é necessária a homologação da sentença arbitral estrangeira, tendo em vista a sua natureza jurisdicional.

Se a sentença judicial estrangeira deve ser submetida à homologação pelo Poder Judiciário nacional para que tenha eficácia no Brasil, diferente conclusão não poderia ser aplicada à sentença arbitral estrangeira, pois ambas apresentam natureza jurisdicional.

Não se pode dar tratamento distinto a situações iguais segundo a lei. O sistema jurídico exige a homologação da sentença judicial estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça para que possa ser executada no Brasil, inclusive em razão da soberania nacional. Sendo assim, a mesma exigência incide quanto à sentença arbitral estrangeira. Efetivamente, embora esta não seja proferida por autoridade estatal, o árbitro também exerce jurisdição, tendo como função a pacificação do

conflito que lhe é submetido.

Dessa forma, partindo-se da ideia de que a jurisdição, como forma de pacificação social por meio da solução do conflito, não é função exclusiva do Estado, tem-se a caracterização da sentença arbitral também como ato de natureza jurisdicional.

Portanto, entende-se que a sentença arbitral estrangeira deve se submeter aos mesmos procedimentos das sentenças judiciais estrangeiras para a produção de efeitos no território nacional, com destaque à sua homologação pelo STJ, exigência esta inerente ao sistema jurídico e que não resulta em imposição de procedimento substancialmente mais gravoso às sentenças arbitrais estrangeiras em comparação às sentenças arbitrais nacionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Juruá, 2007.

ARAUJO, Nadia. A Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros: análise das razões contrárias à sua adoção nos anos 50 do século XX. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, p. 42-49, jul./set. 2008.

BONATO, Giovanni. A arbitragem internacional na França e a arbitragem societária na Itália: algumas reflexões comparativas com o direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 66, p. 253-

289, jan./jun. 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CREMASCO, Suzana Santi e SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 59, p. 367-404, jul./dez. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In: CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 402-418.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 62-71, abr./jun. 2006.

LOPEZ, Marcelo Leandro Pereira. CARVALHO, Erick Leonardo Freire. A lei de arbitragem e a Convenção de Nova Iorque à luz do

STJ: efeitos da Emenda Constitucional n. 45. **Revista CEJ**, Brasília, v.17, n. 60, p. 16-28, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1694/1750>>. Acesso em: 22 maio 2016.

MAGALHÃES, José Carlos. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 41-50, abr./jun. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da arbitragem no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 107, p. 215-244, jul./set. 1990.

RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira**. São Paulo: RT, 2004.

ROBERT, Jean. **Arbitrage civil et commercial em droit interne et international privé**: suivi de formules pratiques. Paris: Dalloz, 1967. In: PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da arbitragem no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 107, p. 223, jul./set. 1990.

SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. **Reconhecimento da sentença e do laudo arbitral estrangeiros**. 2012. 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCAVONE JR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion e MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 55, p. 303-326, dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Cinco anos de reforma do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 61-76, abr./jun. 2010.

WALD, Arnoldo. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, p. 13-23, jul./set. 2008.

Como citar: SOARES, Rogerio Moreira; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Homologação de sentença arbitral estrangeira: reflexos da Convenção de Nova Iorque. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.87-124, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p87. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 20/07/2016

Aprovado em: 21/02/2017

**APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRAGEM
NO CONTRATO DE FRANQUIA**
NOTES ON ARBITRATION IN THE FRANCHISE
ARRANGEMENT

Higor da Silva Biana*
Leonardo da Silva Sant'Anna**

* Mestrando em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. E-mail: higorbiana@gmail.com.

** Doutor em Ciências pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição. E-mail: lsantanna44@gmail.com.

Como citar: BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.125-154, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p125. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A arbitragem, hodiernamente apontada como alternativa de solução de conflitos mais célere e especializada que a jurisdição estatal, apresenta-se como meio viável para a heterocomposição de litígios emergidos das relações de franquia. O presente trabalho propõe-se a uma análise de questões controversas atinentes à inserção da cláusula compromissória nos contratos de franquia, quais sejam: se o franqueador deve informar sobre os procedimentos arbitrais em que esteja envolvido do mesmo modo que deve fazê-lo com relação às pendências judiciais; a validade da cláusula compromissória com relação ao franqueado hipossuficiente; e os requisitos para a inserção da cláusula compromissória no

contrato de franquia, inclusive quando este for caracterizado como sendo de adesão.

Palavras-chave: Contrato de franquia. Franchising. Arbitragem. Cláusula compromissória. Soluções alternativas de resolução de conflitos.

Abstract: Arbitration, usually indicated as a faster and more specialized alternative for dispute resolution than state jurisdiction, is a viable option for emerging conflicts from franchise relations. Furthermore, this paper proposes an analysis of controversial issues related to the inclusion of the arbitration clause in franchise contracts. These issues can range from whether the franchisor should inform the arbitration proceedings, in which he is involved, as well as with pending judicial matters; to the validity of the arbitration clause with respect to the economically disadvantaged franchisee; and the requirements applicable to the insertion of the arbitration clause in the franchise agreement, including those characterized as adhesion agreements.

Keywords: Franchise agreement. Franchising. Arbitration. Arbitration clause. Alternative dispute resolution.

INTRODUÇÃO

A relação de franquia é, em apertada síntese, aquela por meio da qual o franqueador licencia sua marca e, cumulativamente, presta serviços para que o franqueado exerça a empresa. Comumente, estabelecem-se outras obrigações, inclusive a de que os produtos a serem comercializados ou utilizados como insumo pelo franqueado sejam fornecidos pelo franqueador.

Os contratos de franquia são tidos como complexos, pois hodiernamente disciplinam, em uma mesma senda, a propriedade intelectual das partes, prestação de serviços, negócios de compra e venda, etc. Por esta razão, não raras vezes franqueador e franqueado divergem acerca dos seus direitos e obrigações.

Nesta medida, como a relação de franquia diz respeito a atividades econômicas desenvolvidas mediante o emprego de recursos patrimoniais tanto do franqueado como do franqueador – ordinariamente considerados direitos patrimoniais disponíveis –, a arbitragem apresenta-se como uma viável solução alternativa de solução de conflitos.

A propósito, em que pese à essencialidade do exercício jurisdicional pelo Estado, o emprego de alternativas não estatais para a resolução de conflitos vem assumindo relevo diante da famigerada morosidade na obtenção de decisões definitivas pelo poder judiciário.

Lembre-se que, no que se refere às relações empresariais – nas quais se insere a franquia – a demora na solução de determinado conflito por meio de heterocomposição pode até mesmo levar à bancarrota o empreendedor titular de direitos inobservados – o que não representaria uma excepcionalidade na realidade brasileira.

Com efeito, a celeridade e a especialidade são os principais

aspectos que fazem da arbitragem o mais relevante meio alternativo de solução de conflitos. Como ressaltam Cachapuz e Condado (2008, p. 97), o advento do atual arcabouço legal da arbitragem – a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 – “[...] significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado [...]”.

De toda sorte, tendo em vista que, de um lado, a adoção da arbitragem significa às partes abrirem mão da sua prerrogativa de acesso à jurisdição estatal, é imprescindível que as normas legais sejam apropriadamente aplicadas. Desse modo, é necessário compreender o alcance e sentido das normas e institutos incidentes especificamente à adoção da arbitragem na relação de franquia.

Neste trabalho, será primeiramente colocada a questão se, previamente à celebração do contrato de franquia, o franqueador deve informar dos procedimentos arbitrais do mesmo modo que lhe cumpre fazer com relação às pendências judiciais. Então, se adentrará na problemática da validade da cláusula arbitral perante um franqueado hipossuficiente, após o que serão elencados os requisitos para a formalização da referida convenção arbitral no âmbito dos contratos de franquia, mormente aqueles que venham a ser caracterizados como sendo de adesão.

Em vista da obrigação imposta ao franqueador pelo artigo 3º, inciso III, da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia), de acordo com o qual ele deve indicar ao franqueado todas as pendências *judiciais* sobre o sistema da franquia¹ em que esteja envolvido², é de suma importância investigar se está obrigado a informar o franqueado sobre os

1 Ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia.

2 Diretamente ou por meio de sociedades empresárias, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores.

litígios envolvendo o mesmo objeto, contudo, submetidos à arbitragem.

Deve-se também levar em conta o franqueado que, em posição econômica desfavorecida comparativamente ao franqueador, estabelece uma relação de franquia na qual acorda que eventual resolução de conflito se dará por meio da arbitragem. Para tanto, será analisada a hipótese em que esta condição do franqueado seja conhecida no ato da celebração da convenção arbitral. E também caso verificada a hipossuficiência no momento da instauração do litígio.

No que se refere aos requisitos aplicáveis à inserção da cláusula compromissória no contrato de franquia, será apontado que não raras vezes o franqueador impõe o mesmo modelo de contrato para todos seus franqueados, de modo que deve ser adotada a tutela da autonomia da vontade nos contratos de adesão.

Para a análise das aludidas questões envolvendo o instituto da arbitragem e a relação empresarial de franquia, o presente trabalho lança mão da vertente metodológica jurídico-teórica, alicerçando-se nas normas aplicáveis e doutrinas correspondentes, sendo metodologicamente organizado de modo a, inicialmente, apresentar as principais características do contrato de franquia e da arbitragem, após o que serão investigadas as referidas problemáticas centrais relativas à inserção de cláusulas compromissórias³ nos referidos contratos.

1 O SISTEMA DE FRANQUIA

Os contornos ora presentes na franquia empresarial – também denominada franchising – remontam à segunda metade do século XIX,

3 Esta constitui a convenção por meio da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter os litígios dele derivados à arbitragem.

tendo como gênese o modelo de negócio adotado por diversas corporações estadunidenses que, com o propósito de difundir seus produtos, passaram a franquear o uso de suas marcas, técnicas e publicidade (BRAGA, 2015, p. 168-169).

A franquia é espécie do gênero contrato de cooperação ou colaboração, assim entendido aquele por meio do qual “[...] os empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos” (COELHO, 2016, p. 103-104). Afinal, “[...] o traço essencial dessa categoria de contratos mercantis é exatamente a articulação entre as empresas das partes contratantes” (COELHO, 2016, p. 103-104).

A propósito, como bem anota Forgioni (2012, p. 135), a colaboração entre as sociedades empresárias tem sido uma característica cada vez presente no exercício das atividades econômicas, o que “[...] não se dá apenas por meio dos contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos – e, por óbvio, também não se concretiza por meros contratos de intercâmbio”.

O contrato de franquia possui natureza complexa, uma vez que não constituindo uma relação de sociedade, engloba, sob a disciplina de um mesmo vínculo, múltiplas relações, que podem dizer respeito, sem limitação, ao licenciamento para uso de marca, transferência de tecnologia, prestação de serviços e/ou fornecimento de produtos.

Mencione-se que a Lei de Franquia define a franchising, em seu artigo 2º, como o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou

detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Entretanto, em que pese tal definição ser estabelecida no próprio diploma legal da franquia, parte da doutrina especializada a crítica sob o argumento de que seria indispensável à caracterização da franquia que o franqueador fornecesse ao franqueado direito de uso de marca.

Com base neste argumento, Braga (2015, 173-174) propõe o afastamento da interpretação literal do acima mencionado dispositivo legal e propõe uma definição para a franquia empresarial, que seria:

[...] o contrato pelo qual o franqueador, de um lado, concede ao franqueado, de outro, a licença de uso de uma marca associada à prestação de serviços de assessoria técnica para a implantação e desenvolvimento de um negócio de comercialização ou industrialização de produtos ou prestação de serviços pelo franqueado que, por sua vez, compromete-se a fazer tal comercialização de acordo com os padrões de comercialização definidos pelo franqueador.

Com as devidas vênias, a Lei de Franquia é clara no sentido de que a outorga do direito de uso de marca, ao invés de um requisito da franquia, é uma alternativa ao fornecimento do direito de uso de patente. E nada na legislação pátria ou na lógica da relação de franquia converge no sentido de que a referida outorga seria indispensável.

Pelo contrário, estabelecer tal necessidade poderia até mesmo engessar as possibilidades dos contornos desse contrato complexo. A propósito, tal como ocorre ao redor do mundo, também no Brasil o contrato de franquia não tem seu conteúdo balizado pela legislação.

Esta geralmente limita-se a disciplinar certos aspectos da relação por ele estabelecida, como a transparência entre os contratantes, proteção ao consumidor e defesa da concorrência (BRAGA, 2015, p. 168-169).

Assim, mesmo sendo objeto de diploma legal brasileiro específico, o contrato de franquia é atípico. Sem embargo, aponta que comumente são estabelecidas certas obrigações aos franqueados e franqueadores que se repetem nas diversas espécies de franquia, como ressalta Coelho (2014, p. 493-494):

[...] costuma-se atribuir aos franqueados o seguinte conjunto de obrigações: a) o pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento; b) o pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franqueador; c) a obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador, ou por ele fabricados, aprovados ou simplesmente indicados; d) observar, estritamente, as instruções e o preço de venda ao consumidor estabelecidos pelo franqueador. Por seu turno, o franqueador tem as seguintes obrigações: a) permitir ao franqueado o uso de sua marca; b) prestar os serviços de organização empresarial.

Nenhuma das mencionadas obrigações é estabelecida em razão de solenidade legal, ficando claro que a grande maior parte das cláusulas acordadas pelas partes do contrato de franquia são resultantes de livre pactuação.

Portanto, viabilizando ampla liberdade negocial entre franqueado e franqueador, a Lei de Franquia ocupa-se mais da questão *informativa* que obrigacional. Neste sentido, seu artigo 3º estabelece

que sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao potencial franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo, obrigatoriamente, uma série de informações atinentes ao negócio proposto.

Conforme mencionado na Exposição de Motivos do Projeto da Lei de Franquia, a aludida circular de oferta:

[...] tem por finalidade levar ao potencial franqueado as informações mais importantes a respeito do franqueador e do negócio no qual pretende engajar-se [...]. Constitui-se, assim, em instrumento imprescindível ao potencial franqueado, pois reúne em um só documento as informações mais relevantes a respeito do negócio franqueado (BRASIL, 1991, p. 1).

Frise-se: a circular de oferta *não* constitui um contrato de franquia, mas tão somente uma proposta do franqueador. Após seu envio, subsistirá a possibilidade de discussão de cada um dos termos do contrato de franquia a ser eventualmente celebrado.

Para viabilizar a análise das informações disponibilizadas na circular de oferta previamente à celebração do contrato, este instrumento deve ser disponibilizado ao potencial franqueado com antecedência mínima de dez dias (artigo 4º da Lei de Franquia).

Vale ressaltar que caso o franqueador não observe o aludido prazo de dez dias, ou ainda, veicule informações falsas na circular de oferta, poderá o franqueado pleitear a anulabilidade do contrato de franquia. Ademais, fará jus à devolução de todas as quantias que tiver pagado ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa

de filiação e *royalties*, além das indenizações pelas perdas e danos que incorrer.

No que tange às solenidades aplicáveis ao contrato de franquia, a legislação específica estabelece tão somente que este deverá ser firmado por duas testemunhas, dispensando, por outro turno, seu registro perante cartório ou órgão público (artigo 6º da Lei de Franquia).

2 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Tal qual qualquer outra relação, a de franquia também é sujeita a conflitos. Por mais que o direito tenha por mote regular a cooperação e a atribuição de bens, isto não é suficiente para garantir a eliminação ou redução dos conflitos que possam emergir das pretensões individuais ou coletivas.

Assim, a função pacificadora do Estado, ou seja, de dirimir litígios, é de tal modo relevante que, como anotam Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 31), conduz “[...] à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela*”. Este papel pacificador é praticado pelo Estado mediante o exercício jurisdicional, que se revela por meio das decisões proferidas pelo poder judiciário.

Como aclaram Massali e Cachapuz (2011, p. 168), a resolução de conflitos em que “[...] um terceiro, alheio ao conflito, profere decisão que vincula as partes ao seu cumprimento [...]” é denominada *heterocomposição*. Esta pode ser implementada tanto por meio da jurisdição estatal como da arbitragem, que é quando os sujeitos envolvidos no conflito convencionam que terceiros decidirão sobre o deslinde da lide.

Afora a arbitragem, há outras formas de eliminação de conflitos

que são implementadas sem participação direta do Estado. É o caso da *autotutela*⁴ e da *autocomposição*, que igualmente dizem respeito a iniciativas das próprias partes envolvidas no litígio.

Como ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 26-27), na autotutela, um sujeito imporia ao outro o sacrifício do seu interesse, lançando mão, para tanto, dos instrumentos de que dispusesse. Releva salientar que a evolução do direito cambou em direção à proibição deste meio de resolução de conflitos, e não por outra razão, o Código Penal o tipifica como crime, seja praticada pelos indivíduos⁵ ou pelo próprio Estado⁶.

Na esteira destas mesmas lições, os doutrinadores esclarecem que na autocomposição o conflito é resolvido mediante renúncia total ou parcial, por um ou ambos os sujeitos, dos seus interesses.

Contudo, apesar de amplamente estimulada no atual contexto em que se verifica vertiginoso aumento no número de processos judiciais, a autocomposição tem como empecilho prático a necessidade de aceitação, por uma ou ambas as partes litigantes, em abrir mão do todo ou parcela do interesse objeto da pretensão.

Na medida em que a autotutela é proibida por nosso ordenamento jurídico e a autocomposição não se apresenta tão efetiva diante dos casos concretos, a heterocomposição permanece despontando historicamente

4 Também denominada autodefesa.

5 Exercício arbitrário das próprias razões: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

6 Exercício arbitrário ou abuso de poder: Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena - detenção, de um mês a um ano Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que: I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança; II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade; III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

como a forma mais usual de resolução de conflitos. Mas quando exercida mediante a jurisdição estatal, esta forma tem na morosidade do judiciário seu maior entrave.

Esta externalidade negativa é usualmente justificada pelas as formalidades impostas com vistas a assegurar garantias das partes. Por esta razão Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 32-33) ensinam que mesmo sendo a *desformalização* um dos principais fatores a estimular a solução dos conflitos por meios *não* jurisdicionais, *não* pode se dar em detrimento das garantias processuais.

É em virtude destas garantias, a arbitragem é balizada por solenidades que acertadamente impedem que os procedimentos arbitrais passem ao largo de requisitos legais e constitucionais.

A propósito, haja vista a abordagem a que se propõe, o presente trabalho não abarcará os institutos aplicáveis de maneira restrita à arbitragem, sem conexão com a relação de franquia.

Nesta senda, este estudo se limitará à análise da eventual obrigação do franqueador de informar aos franqueados sobre os procedimentos arbitrais relacionados à franquia em que esteja envolvido, dos requisitos aplicáveis à celebração da cláusula compromissória nos contratos de franquia e à validade do pacto arbitral para o franqueado hipossuficiente.

De todo modo, cabe apontar que os requisitos impostos à arbitragem por força de disposições constitucionais e legais estão longe de neutralizar os benefícios que ela confere; não sem razão, ela consolidou-se como um meio cada vez mais adotado em substituição à jurisdição estatal, o que se reflete no crescimento do número de câmaras arbitrais observado nos últimos anos.

Com efeito, além de mais propensa ao atendimento dos anseios

de quem teve um bem jurídico violado – na medida em que não pressupõe que abra mão de seus interesses, como seria o caso da autocomposição – a arbitragem confere vantagens que, como indicado por Massali e Cachapuz (2011, p. 178), vão além da celeridade:

a) *Celeridade*: o procedimento adotado pelas partes é bem mais célere do que aquele trazido pelo Judiciário. Os próprios interessados podem fixar o prazo em que deve ser proferida a decisão, e não o fazendo, será este de seis meses.

b) *Informalidade*: o procedimento aplicável à arbitragem, até porque pode ser definido pelas partes, é bem mais simples e informal do que aquele visualizado no processo judicial. A única observação é que essa escolha deve respeitar os princípios constitucionais de observância obrigatória, tais quais o contraditório, a ampla defesa, etc.

c) *Irrecorribilidade das decisões*: as decisões dos árbitros, em regra, são irrecoríveis, o que torna mais ágil o procedimento e faz alcançar, com maior celeridade, o resultado final do processo arbitral.

Ademais, outra enorme vantagem é a confidencialidade: diferentemente dos processos judiciais, os procedimentos arbitrais e as decisões proferidas não possuem caráter público⁷. Além disso, outro atrativo é a possibilidade de as próprias partes nomearem julgadores especializados na matéria discutida no litígio.

3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

⁷ A ausência de publicidade nas decisões pode, por outro lado, representar uma desvantagem, uma vez que não viabiliza o conhecimento dos entendimentos consolidados por determinada câmara arbitral.

Não há óbices à adoção da cláusula compromissória no âmbito das relações de franquia⁸. Pelo contrário, a arbitragem pode trazer diversos benefícios às partes do contrato de franquia em caso de eventual conflito.

Mas para que seu estabelecimento no âmbito da relação de franquia seja verdadeiramente vantajoso, lícito e conforme os fins a que se destina, é primordial não somente uma observância literal dos requisitos legais aplicáveis, mas também que estes sejam interpretados à luz do negócio jurídico sobre o qual incidirá. Em razão deste fato, serão analisadas a seguir algumas das principais controvérsias que circundam a inserção da cláusula compromissória no contrato de franquia.

As problemáticas que se colocam não dizem respeito somente aos requisitos legais para a celebração desta convenção arbitral – o que será feito ao final deste capítulo, inclusive no que se refere aos contratos de franquia caracterizados como de adesão. Serão também investigadas as questões da eventual obrigação do franqueador de apresentar previamente informações acerca dos procedimentos arbitrais, conforme deve fazer com relação às pendências judiciais, e da validade da cláusula compromissória perante p franqueado hipossuficiente.

3.1 A abrangência da obrigação de informar sobre as pendências

⁸ Verifica-se que uma das maiores divergências doutrinárias ora em voga relacionadas à adoção da arbitragem diz respeito à utilização deste meio de resolução de conflitos nas relações consumeristas. De todo modo, não sendo a franquia caracterizada como uma relação de consumo, seria inaplicável o dispositivo em torno do qual circundam as mencionadas discussões: trata-se do artigo 51, inciso VII da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), nos termos do qual seria nula a cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços que determinasse a adoção compulsória da arbitragem. Com efeito, a doutrina debruça-se justamente sobre o que caracterizaria essa compulsoriedade. Contudo, além de a relação empresarial de franquia contar com legislação própria, o franqueado não é o destinatário final dos produtos ou serviços objeto do contrato de franquia, razão pela qual não pode ser caracterizado como consumidor nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

judiciais do franqueador às arbitragens

A Lei de Franquia estabelece que, por meio da já mencionada circular de oferta, o proponente franqueador forneça ao potencial franqueado uma série de informações que relevaria a este saber previamente à celebração de uma relação de franquia. Neste sentido, o inciso III do artigo 3º da Lei de Franquia estabelece que deverá constar neste documento a indicação precisa de todas as *pendências judiciais*⁹ questionando o sistema da franquia ou que possam vir a impossibilitar o funcionamento da franquia.

É de suma relevância investigar se os procedimentos arbitrais estariam abrangidos na expressão *pendências judiciais*. Afinal, a omissão dos litígios que deveriam constar da circular de oferta de franquia pode ser o suficiente para que a parceria de franquia seja fulminada.

Para esta missão, constata-se que os métodos hermenêuticos são de grande valia e, ainda que não caiba esmiuçar neste trabalho a problemática da interpretação jurídica, cabe apontar quais deles são elencados pela doutrina especializada: (i) o *gramatical*¹⁰ seria aquele que se alicerça no conteúdo e significado literal das palavras contidas no texto legal, consideradas em conjunto; (ii) o *sistemático* compara o texto “[...] com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto [...]” (MAXIMILIANO, 2002, p. 104); (iii) o *histórico* leva em consideração o contexto em que o dispositivo foi posto em vigor e eventualmente alterado, bem como seus antecedentes, de modo a extrair seu significado tanto a partir na legislação existente à época como das modificações implementadas em tal dispositivo; (iv) o

9 Em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores.

10 Também denominado método literal.

teleológico interpreta o objetivo da lei levando em conta a coerência e integração dos dispositivos que formam o ordenamento jurídico; e (v) o *sociológico*, interpreta a lei a partir do pressuposto de que ela é fruto de anseios sociais, considerando, desse modo, que sua compreensão perpassa a percepção do bem social que visa tutelar.

Lançar mão somente do método menos reflexivo – o literal – levaria inequivocamente à conclusão de que a acepção de “pendência judicial” *não* englobaria os procedimentos arbitrais, já que esta expressão refere-se ao poder judiciário, ou seja, à jurisdição estatal. Contudo, *todos* os quatro outros métodos hermenêuticos convergem no sentido de que o conteúdo do inciso III do artigo 3º da Lei de Franquia deve abranger também os procedimentos arbitrais, senão vejamos:

Pelos métodos sistemático e teleológico, verifica-se que o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 3º, §1º, que a arbitragem constitui uma apreciação jurisdicional, tal qual ocorre nos processos judiciais. Ora, o propósito das demandas judiciais é o mesmo das arbitrais – solucionar conflitos. Desse modo, a informação sobre as “pendências”, será da mesma relevância tanto para os litígios submetidos à jurisdição estatal como à arbitragem.

Com efeito, a própria Exposição de Motivos do Projeto da Lei de Franquia deixa clara que, ao obrigar a prévia apresentação da circular de oferta de franquia, este diploma legal tem por objetivo “não contrariar a essência do sistema de franquia, que é a parceria”, mediante a conferência de “condições ao franqueado de conhecer, na íntegra, o negócio ao qual pretende aderir, assegurando-lhe o acesso a informações de forma a que possa decidir quanto à realização ou não do contrato de franquia”.

Assim, sob a perspectiva do método teleológico, é inafastável a conclusão de que não seria coerente informar somente os litígios

judiciais, omitindo-se os procedimentos arbitrais. E sob a do sistemático, ao equivaler a jurisdição estatal à arbitral, o Código de Processo Civil permeia a extensão do quanto exposto no dispositivo legal em tela, ampliando-a e fazendo-a incidir sobre a arbitragem.

Passando ao método histórico, releva salientar que a Lei de Franquia entrou em vigor pouco menos de dois anos antes da Lei da Arbitragem, o que poderia justificar a omissão dos procedimentos arbitrais, notadamente em vista “[...] da pouca ou nenhuma importância dada à arbitragem pela legislação anterior” (MAGALHÃES, 2012, p. 301).

Nota-se, desse modo, que o método hermenêutico histórico apresenta-se especialmente eficaz neste caso. Isto porque como assevera Maximiliano (2002, p. 114), propõe-se a analisar as disposições mais antigas de modo que não importe “[...] se não reproduzam as palavras: basta que fique a essência, o conteúdo, substancialmente se haja mantido o pensamento primitivo”.

Finalmente, à luz do método sociológico, cumpre observar que o bem social tutelado pelo dispositivo legal da Lei de Franquia em comento é a conferência de certa segurança e previsibilidade do potencial franqueado quanto aos litígios relacionados à franquia.

Ocorre que caso um determinado franqueador adote a cláusula compromissória em todos os seus contratos de franquia, nenhum franqueado tomaria conhecimento dos litígios que questionem “[...] especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia [...]”¹¹, caso se interpretasse a disposição como limitada aos processos judiciais.

A adoção deste entendimento, além de ignorar por completo o

¹¹ Artigo 3º, inciso III, da Lei de Franquia.

bem social tutelado pelo dispositivo, viabilizaria ao franqueador lançar mão da cláusula compromissória como mecanismo para inibir o propósito do artigo 3º, inciso III, da Lei de Franquia, que, repita-se, é de permitir que o franqueado tome a decisão de estabelecer a relação de franquia ciente das pendências em que o franqueador esteja envolvido e que podem prejudica-la¹².

Portanto, entender que os procedimentos arbitrais não estariam abrangidos corresponderia a permitir o esvaziamento do propósito informacional da circular de oferta de franquia. Isso somente seria viabilizado por uma interpretação literal que desconsiderasse os demais mecanismos de hermenêutica jurídica, e o resultado necessário seria uma acepção anacrônica e desvirtuada.

3.2 A validade da cláusula compromissória perante o franqueado hipossuficiente

No Brasil, via de regra o franqueador possui uma posição técnica e econômica mais favorecida que a do franqueado, sendo dele, na maioria das vezes, a iniciativa de firmar a cláusula compromissória. A realidade local demonstra que a franquia é mais atrativa ao empreendedor que *não* possui substanciais recursos ou *know how*, e justamente por isso contrata a licença de uso da marca, fornecimento de tecnologia, prestação de serviços, etc. do franqueador.

Este empreendedor estará muito mais disposto à celebração da relação de franquia que aquele que dispõe de recursos para desenvolvimento de tecnologia e fixação da sua própria marca no

12 Cabe lembrar que o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é expresso no sentido de que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

mercado, por exemplo. Ademais, tendo em vista que a relação de franquia usualmente visa viabilizar a difusão da marca e produtos do franqueador – e consequentemente dos seus produtos ou serviços –, conclui-se que este tenderá a ter maior representatividade no mercado em que atua.

Enfim, constata-se que os maiores franqueadores com atuação no Brasil constituem grupos econômicos com robusta capacidade financeira – muito maior que a do franqueado. Esta questão apresenta-se notadamente importante com relação ao franqueado que, exercendo a atividade de empresa mediante o contrato de franquia, tem nesta sua única fonte de renda – a realidade de um grande número de microempreendedores brasileiros.

Por esta razão, figura-se como especialmente relevante a análise da validade da validade da cláusula compromissória perante o franqueado hipossuficiente.

A questão da hipossuficiência pode ser analisada tanto no momento da celebração da cláusula arbitral no contrato de franquia como no momento em que o franqueado que teve seus direitos violados pretende instaurar um procedimento arbitral mas não dispõe de recursos para tanto.

Na primeira hipótese a problemática central é a liberdade de contratar. Atento aos problemas que poderiam surgir em decorrência da ampla liberdade conferida às partes celebrantes de um negócio jurídico, o legislador estatuiu, no artigo 421 do Código Civil, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*.

À guisa das lições de Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 9), cabe apontar que a observância à função social na celebração do contrato redundará em sua vinculação não somente à vontade das partes,

mas também aos valores sociais estabelecidos pelo ordenamento pátrio. Afinal, a manifestação volitiva das partes não poderia sobrepor-se aos interesses socialmente relevantes.

Desse modo, apesar de não ser possível estabelecer um conceito fechado do que seria a função social do contrato, é possível identificá-la nos casos concretos. Mas é certo que não estaria sendo observada caso um dos contratantes incorresse em quebra da boa-fé objetiva¹³ ou em abuso de direito¹⁴ quando da celebração da cláusula compromissória.

No caso em tela, por exemplo, ela restará inobservada caso a convenção arbitral seja estabelecida em razão de conduta abusiva de um franqueador que conhece a situação do franqueado que não teria condições de instaurar uma arbitragem, mas ainda assim o compele a firma-la.

Caso o objetivo da celebração da cláusula compromissória seja o de aproveitar-se da hipossuficiência do franqueado, restará flagrante a extrapolação da função social da convenção arbitral e sua consequente invalidade. Não caberia permitir ao franqueador travestir na arbitragem uma verdadeira barreira ao acesso à justiça pelo franqueado.

A propósito, a garantia do acesso à justiça é a questão central no que se refere à hipossuficiência constatada no momento da instauração do procedimento arbitral. Muito embora mesmo a persecução de direitos mediante a submissão de pretensões à jurisdição estatal não exonere a parte de custos significativos – relacionados principalmente às custas judiciais e honorários advocatícios e periciais –, estes custos serão

13 O instituto da boa-fé objetiva encontra-se positivado no artigo 422 do Código Civil, de acordo com o qual os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

14 A ilicitude do abuso de direito está estabelecida no artigo 187 do Código Civil, de acordo com o qual comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

substancialmente menores se comparados à arbitragem.

Frise-se, no que se refere aos processos judiciais, o artigo 98 do Código de Processo Civil estabelece que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios relacionados tem direito à gratuidade da justiça.

Fica claro que a lei ocupa-se de repelir o cerceamento do acesso à justiça à parte hipossuficiente¹⁵. A esse respeito, cabe trazer à baila as lições que chamam atenção ao fato de que o acesso à justiça *não* deve ser adotado sob uma abordagem estritamente formal, uma vez que uma das suas finalidades preponderantes é a de “[...] produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Impor ao franqueado que suporte os custos da instauração de um procedimento arbitral pode muito bem significar para este franqueado uma limitação à sua garantia de acesso à justiça, notadamente nos casos em que se figure flagrante a violação aos seus direitos por parte do franqueador.

Portanto, em que pese relevante doutrina defender a inafastabilidade da eficácia da cláusula arbitral, esta não pode ser entendida como absoluta. Mesmo diante das relevantes vantagens trazidas pela arbitragem, não poderá ser negada ao franqueado em posição de hipossuficiência em relação ao franqueador a possibilidade de submeter à jurisdição estatal sua pretensão de inaplicabilidade da arbitragem.

Com efeito, tendo a legislação se ocupado em permitir à parte hipossuficiente exonerar-se de pagamentos devidos no curso de um

15 Note-se que também o Projeto de Lei n. 7.108/2014, que propõe alterações à Lei de Arbitragem, consubstancia uma preocupação com relação aos custos relacionados ao procedimento arbitral. De acordo com seu texto, a arbitragem poderia ser adotada em litígios envolvendo relações trabalhistas, mas ressalva que somente a funcionários em posições hierárquicas mais relevantes – e, portanto, com melhores condições financeiras – poderiam pactuar a cláusula compromissória.

processo judicial, não seria lógico, tampouco razoável, entender que, em relação aos custos relacionados à arbitragem – substancialmente mais elevados –, não houvesse qualquer proteção à parte economicamente vulnerável.

De todo modo, é importante deixar claro que esta será uma situação excepcional, uma vez que a convenção arbitral não representa *a priori*, violação à garantia contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal¹⁶. Neste esteio, é certo que recairá sobre o franqueado hipossuficiente que acordou a cláusula compromissória o ônus de comprovar as barreiras que esta representaria, no caso concreto, à efetividade do seu acesso à justiça.

3.3 Os requisitos para a inserção da cláusula compromissória nos contratos de franquia

A vinculação das partes ao juízo arbitral depende da observância de dois pressupostos principais, quais sejam, a capacidade civil dos contratantes e o objeto do litígio, que haverá de ser necessariamente um bem disponível, como bem apontam Ribeiro e Almeida (2011, p. 166).

Além disso, a Lei da Arbitragem estabelece diversas solenidades para a celebração da convenção arbitral. Isto porque um dos seus notórios propósitos é que as partes envolvidas em um conflito, ao se furtarem à prerrogativa de submeterem suas pretensões à tutela estatal – que seria mais formal com vistas a assegurar-lhes de modo mais robusto suas garantias¹⁷ – manifestem sua anuência neste sentido de modo expresso e inequívoco.

¹⁶ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁷ O que não significa, por óbvio, que na arbitragem estas garantias não sejam asseguradas, mas tão somente que os procedimentos sejam simplificados conforme seja a complexidade do litígio.

Assim, é possível traçar os seguintes requisitos aplicáveis à inserção da cláusula compromissória no contrato de franquia: (i) os bens objeto da demanda submetida à arbitragem devem ser disponíveis¹⁸; (ii) devem os contratantes possuir capacidade civil; e (iii) as solenidades estabelecidas na Lei de Arbitragem para a celebração desta convenção de arbitragem¹⁹ deverão ser estritamente observadas.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que tenham valor econômico e possam ser livremente transacionados ou onerados por seus titulares. A norma do artigo 1º da Lei de Arbitragem, segundo a qual somente eles poderão ser objeto de demanda arbitral, encontra-se encampada pelo artigo 852 do Código Civil, nos termos do qual é expressamente vedado convencionar a arbitragem para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

É da própria natureza do contrato de franquia que os bens objeto dele sejam de natureza disponível, uma vez que constituem notadamente a propriedade intelectual das partes e os insumos necessários para o exercício da atividade empresarial correspondente. Portanto, via de regra este requisito não será um óbice à adoção da arbitragem na relação de franquia.

No que se refere ao segundo requisito, apenas estarão aptas a valer-se da arbitragem pessoas dotadas de capacidade civil nos termos do artigo 1º e seguintes do Código Civil²⁰, ou ainda, a administração

18 Artigo 1º da Lei de Arbitragem.

19 A convenção de arbitragem é entendida tanto como a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. De todo modo, considerando que o presente trabalho limita-se às questões da arbitragem no âmbito dos contratos de franquia, limitaremos a abordagem à cláusula compromissória, uma vez que diz respeito ao compromisso de arbitragem relativo ao contrato em que é inserida.

20 Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de

pública direta e indireta (artigo 1º, §1º, da Lei da Arbitragem), desde que devidamente representada.

As pessoas capazes poderão, sem óbices, serem representadas na celebração da cláusula arbitral assessória ao contrato de franquia, assim como os relativamente incapazes devidamente assistidos poderão firmar tal pacto. Mas no que se refere aos absolutamente incapazes, a doutrina não possui entendimento uníssono.

Como seus bens não podem ser livremente transacionados ou onerados, parte dos autores especializados entende que a celebração da convenção arbitral por seus representantes legais violaria o primeiro requisito acima mencionado (os bens objeto do litígio devem ser disponíveis).

Mas este entendimento não prevalece pela simples razão de que, caso os representantes legais estejam atuando dentro dos limites que lhe incumbem e o objeto da demanda diga respeito a bens que poderiam ser alienados ou onerados dentro destes mesmos limites, nada obstará que celebrem a convenção arbitral em nome dos seus representados.

Esta mesma linha de raciocínio aplica-se, por exemplo, às massas falidas, espólios e condomínios: casos os representantes tenham sido devidamente autorizados a celebrarem o compromisso arbitral por quem tem poderes para tanto e o façam dentro dos limites estabelecidos, restará atendido o requisito da capacidade civil.

Passando ao requisito da observância das solenidades específicas para a celebração da cláusula arbitral no contrato de franquia, devem ser observados primordialmente os requisitos do artigo 4º da Lei da Arbitragem, cujo §1º estabelece que esta deve ser estipulada por escrito,

dezesesse e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Já o §2º deste mesmo dispositivo trata da inserção da cláusula compromissória nos contratos de adesão.

De acordo com seus termos, a cláusula compromissória somente terá eficácia nos contratos de adesão se o aderente tomar a iniciativa de inseri-la arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua inserção por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Esta solenidade ganha especial relevo em vista da realidade pátria das relações de franquia. Na prática, observa-se que a maioria das franquias existentes firmam-se por meio de contratos de adesão cujas cláusulas são unilateralmente estabelecidas pelos franqueadores – via de regra, agentes econômicos com forte presença nos setores em que atuam.

Contudo, esta realidade não basta para que se estatua que todo contrato de franquia é de adesão. Isto porque o estabelecimento prévio de cláusulas pelo franqueador é uma prática difundida, mas não um mandamento legal. O fato de a realidade não se alinhar à liberdade que as partes têm de estabelecer as cláusulas do contrato de franquia não bastaria para a conclusão de que este seria *sempre* de adesão.

Portanto, em se verificando no caso concreto que o contrato de franquia figura-se como sendo de adesão, a cláusula compromissória somente será válida caso sua inserção tenha sido decorrente de iniciativa do franqueado ou, caso contrário, conste o referido pacto arbitral por escrito em documento anexo, ou ainda, em negrito no próprio contrato de franquia, com a assinatura ou visto específico.

CONCLUSÃO

Os contratos de franquia vêm ganhando enorme relevância; classificados como contratos de colaboração, sua dogmática despontou nos últimos anos como essencial ao interesse geral das relações empresariais e do desenvolvimento da economia.

Esta espécie de colaboração para o exercício da empresa é recente se comparada àquela estabelecida por meio de sociedades empresárias, e justamente por esta razão não encontra um arcabouço jurídico-normativo tão robusto como o aplicável a estas últimas.

A partir do quanto exposto neste trabalho, é possível verificar, de toda sorte, que as soluções para questões atinentes à arbitragem no contrato de franquia encontram-se encampadas de modo claro no nosso ordenamento jurídico, ainda que para sua identificação seja necessário lançar mão da hermenêutica.

Foi possível identificar que dentre estas questões, as principais são, de um lado, a obrigação de o franqueador informar ao franqueado, no âmbito da circular de oferta de franquia, os procedimentos arbitrais relativos à franchising em que esteja envolvido, da mesma forma como deve fazê-lo com relação às pendências judiciais, e de outro, a possibilidade de um franqueado em posição de hipossuficiência relativamente ao franqueador pleitear a inaplicabilidade da cláusula compromissória.

Constatou-se que, primeiramente, apesar do artigo 3º, inciso III, da Lei de Franquia não mencionar expressamente os procedimentos arbitrais, o fim perseguido pela norma é clara e inequivocamente no sentido de que também estes devem ser informados. A omissão dos

procedimentos arbitrais no mencionado dispositivo de modo algum decorre da intenção da lei de dispensar o franqueador esclarecer ao franqueado os procedimentos arbitrais em que esteja envolvido, mas sim do fato de que a Lei de Franquia precede a Lei da Arbitragem.

Quanto ao franqueado hipossuficiente, é possível que se pleiteie a invalidade da cláusula compromissória sempre que restar claro que esta não atende à sua função social – o que se verificará, inclusive, nas hipóteses de abuso de direito e violação à boa fé objetiva –, bem como representar uma barreira à tutela da garantia do acesso à justiça.

Uma vez observadas as formalidades cabíveis, ainda que a instituição da cláusula não represente, *a priori*, violação à garantia de acesso à justiça, deve ser concedido ao franqueado hipossuficiente a possibilidade de demonstrar que as barreiras à arbitragem, notadamente relacionadas aos custos, não configuraria tal violação. Esta verificação não deve ser feita a partir de uma abordagem estritamente formal, mas sim investigando os resultados que emergiriam da impossibilidade de apresentar suas pretensões senão pela arbitragem.

Finalmente, por força do artigo 4º da Lei de Arbitragem, a convenção arbitral somente poderá ser estabelecida na relação de franquia caso se dê de maneira expressa no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Os contratos de franquia caracterizados como de adesão somente poderão conter cláusula compromissória por iniciativa do franqueado ou, caso contrário, constando em documento anexo, ou ainda, em negrito no próprio contrato de franquia, com a assinatura ou visto específico

REFERÊNCIAS

BRAGA, Carlos D. A. Contrato de franquia empresarial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.) **Tratado de Direito Comercial**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 168-198.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

_____. Exposição de Motivos do Projeto da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8955-15-dezembro-1994-349836-exposicaodemotivos-149737-pl.html>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

_____. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1991. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 9 abr. 1991. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8955-15-dezembro-1994-349836-exposicaodemotivos-149737-pl.html>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; CONDADO, Elaine C. Gomes. Arbitragem: instrumento efetivo de acesso à justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 12, p. 95-116, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAGALHÃES, Tiago Fantini. Reflexões acerca da cláusula compromissória: análise de situações concretas. In: BOTREL, Sérgio (Coord.) **Direito societário**: análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-307.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: uma saída liberal à crise do judiciário. **Scientia Iuris**,

Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 28, p. 161-182. jan./mar. 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Marina Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

Como citar: BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.125-154, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p125. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 04/05/2016

Aprovado em: 20/12/2016

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NO CONTRATO EXISTENCIAL DE CONSUMO

VULNERABILITY AND ECONOMIC DEFICIENCY IN CONSUMER EXISTENTIALIST CONTRACTS

Luiz Carlos Goiabeira Rosa*
Rafael Ferreira Bizelli**
Vinicius Cesar Félix***

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: lgoiabeira@yahoo.com.br.

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado. E-mail: rafaelferreirabizelli@hotmail.com.

*** Especialista em Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado. E-mail: viniciusc-felix@hotmail.com.

Como citar: ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinicius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p155. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo explicar perfunctoriamente a vulnerabilidade e hipossuficiência na relação de consumo, e bem assim a ampliação e maximização de tais figuras no contrato de consumo que tenha por objeto um bem essencial. Através dos métodos dedutivo e comparativo, explanar-se-á sobre a vulnerabilidade e suas espécies; analisar-se-á a hipossuficiência enquanto vertente da configuração do consumidor frágil no âmbito processual; e se obterem a necessidade de realce da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor para fins de alargamento da proteção deste na relação essencial consumerista.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Contratos existenciais. Consumo.

Abstract: This research summarizes the concepts of vulnerability and economic deficiency within the context of consumer protection. Furthermore, this study also addresses the expansion and maximization of the contractual parties in these contracts, which has commodity as its essential object. From using deductive reasoning and the comparative method, this research explains vulnerability and its species; questions whether economic deficiency is another form of consumer fragility in the legal procedural framework; and considers the importance of diminishing consumer vulnerability and economic deficiency as a means for protecting consumers.

Keywords: Vulnerability. Economic deficiency. Existencialist contracts. Consumers.

INTRODUÇÃO

No âmbito das relações de consumo, íntimos são os conceitos e imagens da vulnerabilidade e hipossuficiência. Entretanto, em que pese a correlação entre as aludidas figuras sua distinção se faz necessária como forma de melhor proteger a figura do consumidor e adequá-lo corretamente no tocante à extensão de suas prerrogativas e da proteção no contexto do microssistema consumerista.

Mais ainda, identificar o consumidor como a parte mais fraca é premissa que se faz imperiosa para que se possa de pronto prestar a tutela jurisdicional na promoção e proteção de seus direitos, dado que entre outros em função do princípio da Igualdade quanto mais adequada ao nível de desigualdade entre as partes for a proteção normativa, mais justa será.

É nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem como pilastra principal de legitimidade o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Com efeito, o próprio Direito do Consumidor somente existe e possui autonomia em decorrência da percepção de que o consumidor é um sujeito vulnerável no mercado de consumo, ideia que se escora entre outros no inciso I do art. 4º do CDC, quando prediz que a Política Nacional de Relações de Consumo fundamenta-se entre outros no princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Aliado ao princípio da vulnerabilidade e dele decorrente tem-se o direito básico e princípio processual da hipossuficiência do consumidor (CDC, art. 6º, inciso VIII), a ser aplicado durante o processo após constatada a vulnerabilidade no caso concreto e na relação material de consumo. Nota-se que são conceitos distintos, dado que a primeira

é considerada na etapa processual e a segunda no contexto material da relação consumerista.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a relação entre vulnerabilidade e hipossuficiência no contexto do contrato existencial de consumo, categoria nova proposta por Azevedo (2008), e notadamente naqueles contratos em que ao menos uma das partes tenha por objetivo adquirir um bem essencial à dignidade e à sobrevivência. Tal figura suscita uma necessária análise justamente por ainda não ser consenso doutrinário nem jurisprudencial os contornos que delimitam tal modalidade.

Por meio dos métodos dedutivo e comparativo, analisar-se-ão os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência para ao final se estudar ainda que perfunctoriamente o papel de ambas no contexto do contrato existencial de consumo enquanto corolários do direito fundamental à proteção do consumidor.

1 VULNERABILIDADES

Nos dizeres de Amaral (2010, p. 66), a vulnerabilidade é o conceito fundamental do Código que justifica todos os direitos do consumidor e todos os deveres do fornecedor. Portanto, tem-se na vulnerabilidade o princípio básico do direito do consumidor:

Há na sociedade atual o desequilíbrio entre os dois agentes econômicos, *consumidor e fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo (MIRAGEM,

2008, p. 18).

A noção de vulnerabilidade remete à ideia de fraqueza, de debilidade de um sujeito perante outro numa determinada relação jurídica, notadamente quando aludida relação encerra em si uma situação de risco. A esse respeito, mister se faz frisar que “risco” e “vulnerabilidade” também são conceitos distintos:

Foram Yunes e Szymanski (2001) que chamaram atenção para a diferença entre os conceitos de risco e vulnerabilidade. Segundo elas, o conceito de vulnerabilidade “é aplicado erroneamente no lugar de risco” (p. 29), pois são dois conceitos distintos. Enquanto *risco*, segundo as autoras, foi usado pelos epidemiologistas em associação a grupos e populações, a *vulnerabilidade* refere-se aos indivíduos e às suas suscetibilidades ou predisposições a respostas ou consequências negativas. É importante ressaltar-se, contudo, que, para essas autoras, existe uma relação entre vulnerabilidade e risco: “a vulnerabilidade opera apenas quando o risco está presente; sem risco, vulnerabilidade não tem efeito” (p. 28). A palavra vulnerável origina-se do verbo latino *vulnerare*, que significa ferir, penetrar. Por essas raízes etimológicas, vulnerabilidade é um termo geralmente usado na referência de predisposição a desordens ou de susceptibilidade ao estresse (JANCZURA, 2012, p. 302).

Importante entender que as noções de risco e de vulnerabilidade se correlacionam, na medida em que enquanto o primeiro pode ou não se concretizar a segunda sempre estará presente embora necessite daquele para ser constatada. Significa dizer que o consumidor sempre será

considerado vulnerável uma vez que o risco de ser prejudicado numa relação de consumo sempre estará presente, haja vista a diferença técnica, jurídica, fática e informacional existente entre os sujeitos consumidor e fornecedor.

Segundo Moraes (2009, p. 125):

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação.

Baseado nessa constatação, o direito do consumidor possui como objetivo primordial a construção de um sistema de regras e princípios voltados a atenuarem as consequências da vulnerabilidade do consumidor, principalmente em suas mais marcantes modalidades a seguir observadas.

1.1 Vulnerabilidade Técnica

A vulnerabilidade técnica relaciona-se com a ausência do conhecimento técnico-científico do consumidor quanto ao produto ou serviço que adquire. A tecnologia do produto ou serviço, como não poderia deixar de ser, está em poder do fornecedor. Segundo Marques (2010, p. 324):

Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está

adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem, como vimos no exemplo da jurisprudência francesa.

A vulnerabilidade técnica portanto é a situação na qual o consumidor adquire produto ou serviço necessário, útil ou para mero deleite, sem que tenha o conhecimento científico próprio do fornecedor. A falta desse conhecimento que o impede de avaliar adequadamente o produto assim legitima as normas protetivas do direito consumerista, que têm o fim de compensar a ausência de conhecimento. Normas desse tipo são, por exemplo, as que conferem prazos de garantias para os produtos, notadamente a que posterga o termo inicial da decadência para vícios ocultos (art. 26, §3º do CDC).

A título de exemplo, vide julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2013) que, reconhecendo a vulnerabilidade técnica de pessoa jurídica, concluiu pela incidência do CDC na lide:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. RELAÇÃO DE CONSUMO INTERMEDIÁRIA. VULNERABILIDADE TÉCNICA. APLICABILIDADE DO CDC. - Mesmo quando a contratação do serviço de telefonia ocorre para o incremento de atividade produtiva, caracterizando consumo intermediário, a demonstração de vulnerabilidade técnica do contratante em face do fornecedor impõe a aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. - Provada a

cobrança indevida e não sendo ela decorrente de engano justificável, posto que, abusiva e eivada de má-fé, a repetição do indébito deve ocorrer por valor igual ao dobro daquele que foi pago (BRASIL..., 1990, p. 9).

Outrossim, Miragem (2008, p. 63) traz o clássico exemplo da relação entre médico e paciente, na qual o primeiro detém informações científicas e clínicas que não estão ao alcance do consumidor leigo nesse assunto.

A vulnerabilidade técnica destarte tem o condão de atrair a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando o vulnerável, no caso, tradicionalmente não se classifica como consumidor. Em outras palavras, a vulnerabilidade técnica transforma o vulnerável em consumidor para determinados efeitos.

1.2 Vulnerabilidade Jurídica

A segunda modalidade de vulnerabilidade classicamente tratada na doutrina é a vulnerabilidade jurídica ou científica. Trata-se da falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia.

De acordo com Marques (2010, p. 327):

Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e

profissionais especializados antes de obrigar-se.

Vulnerabilidade jurídica ou científica é destarte parte da essência do consumidor, do ato de consumir, haja vista que é o produtor/fornecedor quem deve cercar-se desses conhecimentos para instituir e dar andamento a sua atividade mercantil ou empresária. Posto de outra forma, para adquirir um produto como destinatário final o consumidor não necessita ter conhecimentos jurídicos e de economia: ser possuidor desses conhecimentos é ônus do fornecedor, não do consumidor.

Miragem (2008, p. 63), por sua vez, assim conceitua a vulnerabilidade jurídica:

[...] falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes, à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra [...]. A vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não-profissional, a quem não se pode exigir a posse específica destes conhecimentos. Todavia, com relação ao *consumidor pessoa jurídica*, ou o *consumidor profissional*, é razoável exigir-lhe o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí porque a presunção neste caso, ainda que se trate de presunção relativa (*iuris tantum*) é que deva possuir tais informações.

Esse tipo de vulnerabilidade faz-se presente notadamente nos contratos bancários, onde há excesso de informações técnicas, inacessíveis ao consumidor presumidamente leigo. Dessa constatação, a vulnerabilidade do consumidor nasce como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato (MARQUES,

2010, p. 328).

Assim como no caso da vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica, a ser aferida no caso concreto, exerce força suficiente para legitimar a incidência do CDC em uma relação tipicamente civil-empresarial, onde uma das partes – o vulnerável jurídico – não apresenta as mesmas condições de mercado que a parte oposta.

1.3 Vulnerabilidade Fática

O terceiro tipo de vulnerabilidade é a vulnerabilidade fática ou socioeconômica.

Ao contrário do que ocorre na análise dos tipos de vulnerabilidades acima estudados, em que se toma como paradigma a situação do consumidor, na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, é a posição do fornecedor que será avaliada.

Nos dizeres de Marques (2010, p. 75):

Sim, há ainda a *vulnerabilidade fática* ou *socioeconômica*, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por eu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.

Para Miragem (2008, p. 63):

Já a *vulnerabilidade fática* é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor. A mais comum, neste caso, é a vulnerabilidade

econômica do consumidor em relação ao fornecedor. No caso, a fraqueza do consumidor situa-se justamente na falta dos mesmos meios ou do mesmo porte econômico do fornecedor.

Ao que parece, a vulnerabilidade fática ou econômica é aquela que mais mitiga a autonomia privada do consumidor. Isso porque, ao contrário da clássica visão contratual em que duas partes contratantes exerciam sua autonomia da vontade livremente, no mercado atual, de contratação massificada em contratos de adesão, o consumidor tem tão somente a faculdade de contratar ou não, e não a possibilidade de efetivamente discutir e propor cláusulas contratuais.

Nesse sentido, o contrato de adesão consubstancia-se num instrumento coercitivo do fornecedor na medida em que este detém ou expressivo poder econômico ou o monopólio do produto ou serviço oferecido, obrigando o consumidor destarte a se sujeitar às regras contratuais que bem entender. Notadamente nos contratos em que o objeto redunde num bem jurídico essencial, o consumidor não tem escolha a não ser contratar para que não fique sem o produto ou serviço essencial.

Ressaltando a vulnerabilidade fática ou econômica, veja-se julgado do TJMG (2012) em que o tribunal reconhece a condição de consumidor de uma empresa (pessoa jurídica), pelo fato do serviço prestado pelo fornecedor (internet) ser essencial à sua atividade (telefonia):

Agravo de Instrumento - Ação ordinária - Empresa de telefonia - Depósito em juízo - Mora afastada - Impossibilidade de negativação e bloqueio da linha - Inversão do ônus da prova - Vulnerabilidade - Possibilidade - Instrução probatória - Preclusão - Inexistência. I - O deferimento do depósito em

juízo dos valores cobrados pela requerida/agravada e impugnados pela agravante, associado à sua comprovação, a princípio, afastam a mora, o que impede a inclusão do nome da parte autora dos órgãos de proteção ao crédito, bem como o bloqueio da sua linha telefônica; II - Quando a agravante possui vulnerabilidade fática, pois necessita da internet para exercer as suas atividades, vulnerabilidade jurídica, já que aderiu contrato de adesão, no qual não pode discutir suas cláusulas; e vulnerabilidade técnica, vez que não detém tecnologia para comprovar a cobrança indevida em sua linha e, também, o seu bloqueio; impõe a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CPC; III - O magistrado tem o poder de determinar as provas necessárias à instrução do processo, a qualquer tempo, segundo a dicção do art. 130 do CPC, de modo que não há falar em preclusão no que tange à instrução probatória.

Observe-se que nesse julgado, o tribunal reconhece tanto as vulnerabilidades jurídica e técnica, respectivamente, por ser hipótese de contrato de adesão e faltar a tecnologia necessária para discutir o fornecimento do serviço, como a vulnerabilidade fática, ao afirmar que para a empresa agravante, que atua na área de telefonia, a prestação de serviço de internet configura-se um contrato essencial à sua atividade.

1.4 Vulnerabilidade Informacional

A vulnerabilidade informacional pode ocorrer em duas frentes. A primeira, quando realmente faltam informações sobre o produto ou serviço para o consumidor: seria a ausência de informações. A segunda hipótese seria o oposto, em que há abundância de informações oferecidas

em enorme quantidade muitas vezes com o propósito de desviar a atenção do que realmente importa, impossibilitando que o consumidor efetivamente tome conhecimento das principais informações do produto.

Segundo Marques (2010, p. 77):

O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária.

Compreendendo a vulnerabilidade informacional como subespécie da vulnerabilidade fática, Bruno Miragem realça o princípio da confiança despertado pela informação. Assim, na atual sociedade da informação, onde as tecnologias da informação e comunicação alcançaram alto estágio de desenvolvimento, a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados (MIRAGEM, 2008, p. 64).

A vulnerabilidade informacional do consumidor gera para o fornecedor um dever de informação, a fim de que se estabilize a relação contratual. Esse dever de informação decorre dentre outros do princípio da boa-fé objetiva, que deve regular as relações contratuais.

Martins-Costa (2002, p. 427), ao trabalhar com o princípio da boa-fé objetiva no direito privado, demonstra que são três suas funções básicas: (i) princípio jurídico de interpretação dos contratos; (ii) caracterizador de deveres de conduta; e (iii) indicativa de limites para o

exercício de direitos subjetivos.

Nas palavras de Martins (2011, p. 374-375):

Fato é que a ciência jurídica vem entendendo a obrigação como um processo, e, com base no pioneiro §242 do BGB, passam a ser exigidas condutas leais e confiáveis (*Treu und Glauben*), materializando, mais à frente dos deveres primários e secundários da prestação, os chamados deveres anexos ou laterais [...]. Daí pode ser observado que a doutrina sistematiza esses deveres laterais como deveres de cuidado, providência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação e prestação de contas [...].

Nota-se destarte que o dever de informação do fornecedor encontra-se dentre os deveres laterais de conduta advindos da boa-fé objetiva. Concebendo portanto a relação obrigacional como um processo (SILVA, 2006, p. 63), tem-se que a boa-fé incidirá em toda as fases contratuais – pré-contrato, contrato e pós-contrato.

Amparado em Menezes Cordeiro, quanto ao dever anexo de esclarecimento (dever de informação) Noronha (1994, p. 162) expõe que as partes estão obrigadas a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. Nesse sentido, no campo consumerista ganha especial atenção a fase pré-contratual a respeito da qual o CDC regula nos artigos 30 a 38 as práticas da Oferta e da Publicidade, onde é possível perceber a clara preocupação do legislador quanto à exigência de informações claras, precisas e suficientes.

Assim é que o fornecedor, detentor da informação, tem o

dever de repassá-la ao consumidor para que a relação contratual tenha transparência, essencial para o bom funcionamento do mercado. É dizer, por ser o detentor da tecnologia e da informação, o fornecedor encontra-se numa posição vantajosa em relação ao consumidor, vulnerável por não possuir esses dados. Desse modo, legitima-se o dever de (bem) informar do fornecedor, como forma de reequilibrar a relação jurídica. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental do consumidor ter acesso a todas as informações úteis e necessárias acerca dos produtos e serviços.

1.5 Outras Vulnerabilidades

Após a análise das quatro vulnerabilidades classicamente trabalhadas pela doutrina e aceitas pela jurisprudência, cumpre observar alguns outros tipos.

Martins e Pacheco (2015, p. 3) defendem o reconhecimento da vulnerabilidade financeira, afirmando tratar-se de derivação das vulnerabilidades fática (ou econômica), técnica e jurídica. Especifica-se, porém, por ater-se a duas principais operações: empréstimos (crédito pessoal) e investimentos (captação de poupança), feitos ou não em instituições bancárias.

Nas palavras dos autores (2015, p. 3):

E exatamente neste ponto, sob o ângulo de negócios jurídicos caracterizados por objeto ilícito de lucro fácil ou por negócio jurídico ainda não regulado no âmbito legislativo (como na hipótese das empresas de *marketing multinível*, mas prenhe de incertezas e potencialmente danosos aos incautos) é que defendemos *subespécie* de vulnerabilidade: a *financeira*.

O primeiro caso, da vulnerabilidade financeira decorrente dos empréstimos (crédito pessoal), é facilmente verificado na situação do superendividamento de massa, presente na atual sociedade consumista. Essa situação é agravada pelas práticas comerciais bancárias em que o agente bancário, ávido por maiores lucros, não observa o princípio constitucional do crédito responsável ou sustentável, fazendo com que o consumidor endividado, necessitando de mais empréstimos, comprometa seu mínimo existencial (MARTINS; PACHECO, 2015, p. 3).

Quanto à hipótese de vulnerabilidade financeira por investimento (captação de poupança), os aludidos autores (2015, p. 3-4) assim sintetizam:

A segunda figura é referente ao consumidor que se vê desprovido de conhecimento das potências dum mercado hipercomplexo e fragmentado, repassando suas economias ao setor empresarial de captação de poupança popular. Nesta perspectiva, o consumidor – jejuno quanto aos meandros internos do mercado financeiro – aporta suas decisões muito mais sob o impacto da publicidade convidativa, do que pela cognoscibilidade do potencial de rentabilidade do investimento realizado [...]. *O vulnerável financeiro* desprovido de conhecimento mínimo que seja sobre as nuances do mercado (que, aliás, é global, não é regional e nem mesmo nacional) é o destinatário das inúmeras ofertas espargidas na sociedade de consumo, sendo que cria em seu interior cognoscitivo a legítima expectativa de que a aplicação em determinado fundo (às vezes orientado pelo gerente de banco) ou mesmo o repasse das economias à empresa que promete juros e acessórios bem acima do valor de mercado sem a entrega de qualquer produto

ou serviço e desprovida de autorização específica para operar no mercado (pirâmide financeira ou empresas de gestão fraudulentas) 28 trará êxito e situação de plena lucratividade e rentabilidade, sendo após surpreendido pela perda patrimonial.

Como observado pelos autores, a vulnerabilidade financeira é sim uma subespécie pois deriva de outra vulnerabilidade precedente, como a fática ou econômica, no primeiro caso, e a jurídica e informacional na segunda hipótese.

A doutrina destaca também outros tipos de vulnerabilidades, tais quais a vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade biológica ou psíquica, e a vulnerabilidade ambiental (MORAES, 2009).

A vulnerabilidade política ou legislativa é identificada em relação ao *lobby* dos fornecedores nas casas parlamentares, pressionando para a aprovação de leis favoráveis ao mercado (vide recente exemplo da “Lei da Terceirização”). A massa dos consumidores, por não possuir organização, é impotente de exercer também esse *lobby*.

A vulnerabilidade biológica ou psíquica, por sua vez, identifica-se como a suscetibilidade do consumidor frente às modernas estratégias de *marketing* e publicidade, que atuam na decisão de consumir. Temos, aqui, o exemplo das mensagens subliminares, que recebidas de forma sub-reptícia, influem na decisão do consumidor sem que ele perceba (PINHEIRO, 2010).

Ainda, na vulnerabilidade biológica ou psíquica, ganha importância a necessidade de maior proteção aos chamados “hipervulneráveis”, aqueles que além da posição de consumidores apresentam outra vulnerabilidade, por serem crianças, portadores de deficiência, idosos, analfabetos e outros mais, restando portanto mais

suscetíveis de manipulação pelas práticas comerciais abusivas que exploram suas fraquezas (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Por fim, a vulnerabilidade ambiental seria aquela nos quais os produtos e serviços oferecidos ao consumidor acompanham somente seus benefícios, camuflando os riscos que podem oferecer à saúde e a segurança do consumidor, bem como os danos ambientais causados em sua fabricação e desenvolvimento.

2 HIPOSSUFICIÊNCIA

A hipossuficiência é a visão processual da vulnerabilidade fática (MARQUES, 2010, p. 332): é a versão processual de toda e qualquer vulnerabilidade no plano material, onde enquanto esta noção legitima todas as normas protetivas do CDC quanto à relação de consumo, aquela é o fundamento para que o consumidor, desprovido da técnica (vulnerabilidade técnica), do conhecimento jurídico e econômico (vulnerabilidade jurídica), vítima de publicidades abusivas (vulnerabilidade informacional e psíquica), tolhido no seu poder de escolha frente a um monopólio (vulnerabilidade fática), entre outros, tenha a seu favor normas e presunções processuais, que visam conferir a “paridade de armas” no processo.

Posto de outra forma, a hipossuficiência é o reconhecimento processual de que o consumidor possui uma crônica deficiência quando comparado ao paradigma do consumidor médio e assim se encontra numa situação de maior inferioridade que reduz em muito sua capacidade probatória quando confrontado com o fornecedor, tal como se dá com o incapaz, o idoso, o portador de necessidades especiais, entre outros.

A hipossuficiência deve ser averiguada no processo civil para

fins de inversão do ônus da prova, tratando-se portanto de instituto afeto ao Direito Processual. A esse respeito, Miragem (2008, p. 332) afirma que a noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, dado que nem todo consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto.

Amaral (2010, p. 68-71) afirma que:

Em suma, a vulnerabilidade é característica peculiar a todo e qualquer consumidor; independente da sua condição socioeconômica [...]. Firme-se, mais ainda, a diferença sutil, porém verdadeira, entre *vulnerabilidade*, que seria um fenômeno de direito material e a *hipossuficiência*, que seria de índole processual. Com mais exatidão diria que a hipossuficiência é a manifestação processual da vulnerabilidade. Na prática, o reconhecimento do consumidor como hipossuficiente conduz o julgador a deferir a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII, do CDC).

In casu, o CDC aponta em seu art. 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova, consubstanciada na permissão ao julgador transferir do consumidor ao fornecedor o *onus probandi* sobre o direito em que se cerca a lide ou, no caso, a ausência deste, desde que a alegação trazida aos autos pelo consumidor seja verossimilhante ou se se tratar o consumidor de hipossuficiente.

Infira-se que a hipossuficiência não é tão-somente a deficiência em termos econômico-financeiros. O brilhante magistério de Andrighi (2004) bem explica:

Tenho que a hipossuficiência não se define tão-

somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser hipossuficiente pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, por exemplo, de trabalhar com o sistema de pagamento via cartão de crédito, etc. Assim, tão-somente, ser ou não o contrato monetariamente expressivo, ou terem as partes avultada capacidade econômica, não têm o condão de impedir ou justificar a hipossuficiência. Há ainda a observação da hipossuficiência sob o prisma processual, cujo matiz se distancia e desvincula ainda mais do aspecto econômico-financeiro, para delimitá-la dentro da capacidade probatória.

Não obstante, que nem todo consumidor por ser vulnerável será também hipossuficiente. Doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser a inversão do ônus da prova uma regra de juízo e não de procedimento: o magistrado não é obrigado a inverter sempre que se tratar de uma relação de consumo, e muito menos o fará na fase saneadora do processo; ao contrário, somente se houver dúvida quanto a ambas as alegações de autor e réu, e se o conjunto probatório trazido pelo consumidor contiver um mínimo de lógica e fundamento é que o juiz estará autorizado a inverter o *onus probandi* em desfavor do fornecedor e isso, na fase decisória. Ou seja: o juiz, ao invés de dever, pode ou não aplicar a inversão do ônus da prova, pois, de acordo com o art. 6º, inciso VIII do CDC, a análise da verossimilhança das alegações do consumidor ou a hipossuficiência deste fica a inteiro critério do julgador.

Em outras palavras, a inversão do ônus da prova não ocorre por ser o consumidor um sujeito vulnerável – posto que todos são -, mas sim porque determinado consumidor, além de vulnerável, é também hipossuficiente para em determinado processo produzir provas. A hipossuficiência que legitima a inversão do ônus da prova deve ser averiguada *in concreto*: em casos em que o consumidor para provar o alegado deva demonstrar falha técnica do produto ou serviço - a exemplo do erro médico - a inversão do ônus da prova se fará necessária, haja vista o consumidor, presumivelmente leigo, não possuir meios para produzir a prova.

3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NO CONTRATO EXISTENCIAL DE CONSUMO

Azevedo (2005, p. 115) foi quem inicialmente propôs a dicotomia “contratos existenciais” e “contratos de lucro”:

A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do CC/2002 (LGL\2002\400), tem um primeiro nível, negativo e elementar, *comum a todo e qualquer contrato*, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, varia conforme o tipo de contrato. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de “contratos existenciais” (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os “contratos empresariais”.

Essa dicotomia aludida pelo citado autor estaria para esse século assim como a dicotomia contratos de adesão e paritários estava para o século passado, de modo que, ao operador do direito, a importância está em, ao saber classificar determinado contrato como existencial ou de lucro, estará a saber qual regime normativo deverá ser aplicado (AZEVEDO, 2005, p. 115).

Percebe-se, então, que contratos existenciais são aqueles cuja prestação consiste num objeto, num bem da vida destinado à subsistência da pessoa humana sem que esta almeje lucro algum, como os contratos de atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações periclitantes, acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao transporte, aos meios de comunicações e provedores virtuais, dentre outras possibilidades (MARTINS; PACHECO, 2011, p. 265).

Por sua vez, contratos de lucro são firmados entre particulares em igual posição socioeconômica, onde ambos buscam a circulação de riquezas, espaço em que a autonomia privada encontra seu ápice. Aqueles, por sua vez, geralmente são formados por particulares em posições díspares, onde uma parte tem no objeto do contrato um bem existencial e o outro contratante tem a prestação contratual apenas como mercadoria, visando ao lucro. Azevedo (2008, p. 304-305) afirma que cada categoria contratual merece um tratamento normativo específico, pois produzem efeitos diferentes:

Outro ponto interessante seria a exposição analítica das diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais mas não

nos contratos de lucro), etc.

Na mesma linha de raciocínio, Negreiros (2002, p. 449) propõe o “paradigma da essencialidade” para uma reclassificação dos contratos: quanto mais essencial o bem da vida objeto do contrato maior deverá ser a ingerência de normas de ordem pública, pois mais intensa sua função social, haja vista a primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais.

O paradigma da essencialidade busca a caracterização do bem contratado enquanto bem essencial, útil ou supérfluo, passando essa qualificação a ser considerada um fator determinante para a disciplina contratual. Assim, quanto maior a essencialidade maior será a interferência estatal em sua formação, desenvolvimento e (in) adimplemento (NEGREIROS, 2002, p. 388).

No mesmo sentido, dispõe Aguiar Júnior (2011, p. 106) que:

O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é a de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.

Ao menos em uma das partes de um contrato existencial, por conseguinte, o interesse envolvido estará diretamente relacionado com a dignidade e/ou à personalidade do contratante, visto que destinado à sua (sobre)vivência, de modo que são interesses, portanto, ditos extrapatrimoniais.

Na análise dos contratos existenciais, há de se levar em conta a existência de interesse extrapatrimonial por uma parte contratante, além do interesse patrimonial. Dito de outra maneira, enquanto que para a parte dominante o objeto representa apenas interesse patrimonial, visto que visa o lucro, para a outra o objeto apresenta duas ordens de interesses, sendo a primeira extrapatrimonial e a segunda patrimonial. Verifica-se, portanto, que para a parte “vulnerável”, a extrapatrimonialidade do objeto é mais importante do que a sua patrimonialidade, haja vista não ter em conta o lucro, mas sim um bem existencial, relacionado ao mínimo existencial.

Ainda, ao se verificar esses possíveis conteúdos prestacionais, relacionados a bens e interesses fundamentais, é necessário reconhecer que a parte contratante cujo interesse é existencial na relação jurídica encontra-se em posição de desvantagem em relação à outra parte, cujo interesse na relação rege-se pelo lucro. Isso porque, claramente, a parte que tem o interesse existencial não poderá exercer plenamente sua autonomia privada, pois, invariavelmente, necessita do bem prestacional, dele não podendo abrir mão, o que faz com que, em regra, concorde com cláusulas abusivas. Desse modo, esse contratante encontra-se em posição de vulnerabilidade em relação à outra parte, situação adversa que obriga o direito a ter ferramentas aptas a corrigir esse desequilíbrio para restaurar a harmonia da relação.

Importante compreender portanto, que no contrato existencial a parte que busca a “existencialidade” no objeto prestacional encontra-se em posição de vulnerabilidade frente à parte que busca a “lucratividade”. Notadamente em se tratando de relações de consumo onde o consumidor sabidamente adquire o bem para uso pessoal e portanto presumidamente para sua existência e vida digna, e assim se sujeita à vontade do fornecedor para adquirir o produto ou serviço de que necessita; e mais

ainda nos contratos de consumo em que o objeto da relação seja um bem essencial não só à dignidade humana como também à sobrevivência da pessoa humana – alimentos, remédios, moradia, entre outros.

Com efeito, antes de ser patrimonial e obrigacional a relação de consumo tem um caráter genericamente existencial na medida em que seu objeto tem um fim não-econômico. Bem explica a propósito Azevedo (2009, p. 100):

Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.

Portanto, para o aludido autor todos os contratos de consumo seriam existenciais. Ocorre que nesse universo há contratos cujo objeto é mais importante à dignidade e subsistência humanas que outros, como por exemplo a aquisição de um remédio para o câncer quando comparado à compra de um sorvete. Nesse sentido, o célebre doutrinador explana sobre os contratos existenciais *stricto sensu*:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas (AZEVEDO, 2008, p. 304-305).

Esta é a opinião de Sarmiento (2004, p. 267), para quem quanto maior a essencialidade do bem jurídico objeto da relação jurídica à vida humana, maior será a proteção do direito fundamental envolvido; ato contínuo, quanto menor a essencialidade menos intensa será a tutela ao direito fundamental em análise e outrossim maior será a autonomia negocial. Posto de outra forma, quanto maior o caráter existencial do objeto da relação jurídica mais incisiva deve ser a incidência dos princípios da dignidade humana e da máxima eficácia da norma constitucional, não só de forma a se proteger o ser humano em si considerado como também o direito fundamental ali envolvido.

Ato contínuo, quanto mais essencial à subsistência for o objeto da relação de consumo maior será o caráter existencial de tal negócio jurídico, de forma a se realçar em tal mister a necessidade de se considerar o mais abrangente possível o consumidor como vulnerável e hipossuficiente respectivamente nos âmbitos material e processual dos contratos existenciais consumeristas, para se maximizar a sua proteção dado que participa nessa condição num contrato de consumo e por conseguinte um contrato existencial. É a configuração da proteção aos desiguais na medida em que se desiguam: quanto maior a desigualdade

maior deverá ser a tutela jurisdicional, e portanto quanto mais vulnerável e hipossuficiente o consumidor maior deverá ser a proteção estatal a este.

Não é demais se lembrar que tal ideia é uma espécie de corolário da proteção ao consumidor, direito fundamental insculpido no art. 5º, inciso XXXII, da Magna Carta.

Assim entende Sarmento (2004, p. 188):

De fato, existem certas ações humanas que envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e neste campo a liberdade de agir deve ser protegida mais intensamente pela ordem jurídica. Outros comportamentos referem-se exclusivamente a questões patrimoniais e econômicas, e nestes casos a tutela constitucional à autonomia privada não deve se fazer tão forte. [...] quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será essa tutela.

Assim é que a maximização da configuração do consumidor enquanto vulnerável e hipossuficiente resulta num corolário de um direito fundamental constitucionalmente positivado (proteção do consumidor) e por isso deve ser o mais possível ampliada conforme o princípio da máxima efetividade da norma constitucional e de acordo com a maior necessidade de proteção na relação jurídica.

Nos dizeres de Canotilho (2003, p. 1.224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma

constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Eis porque se deve considerar o termo “vulnerabilidade” como uma condição intrínseca a todo e qualquer consumidor, pelo simples fato de ser consumidor. Remete à noção de fraqueza, fragilidade, necessidade de ser protegido: é o fundamento do próprio direito consumerista, que não encontraria legitimidade em suas normas protetivas caso seu destinatário não se encontrasse em posição de desvantagem frente ao mercado. E mais ainda nas relações essenciais de consumo em que o objeto é um bem necessário não só à dignidade mas também à sobrevivência, em que o consumidor encontra-se mais ainda fragilizado e suscetível à atividade do fornecedor em razão da maior necessidade da aquisição do produto ou serviço.

Da mesma forma, eis porque se deve considerar o termo “hipossuficiência” como uma presunção *iuris tantum* em relação a todo e qualquer consumidor, dado que é recorrente a dificuldade deste em produzir provas se confrontado com a capacidade e recursos de que dispõe o fornecedor para se defender, e mais ainda em relação às já aludidas relações essenciais de consumo em que o objeto é um bem necessário não só à dignidade mas também à sobrevivência, em que o consumidor encontra-se mais ainda fragilizado e suscetível à atividade do fornecedor em razão da maior necessidade da aquisição do produto ou serviço. É justamente por isso que a regra geral do CDC é a responsabilidade

objetiva do fornecedor pelo defeito e fato do produto e do serviço.

CONCLUSÃO

Há relações de consumo em que a proteção de outros direitos fundamentais é essencial à efetiva proteção do consumidor, e em razão disso ambos são indissociáveis. Em face de tal mister, o CDC protege o consumidor não só quanto à vulnerabilidade e hipossuficiência mas também no tocante à proteção e promoção do exercício de outro direito fundamental, tal qual se dá na compra de um remédio essencial à cura de uma doença ou a aquisição de alimentos para a subsistência onde além da proteção do consumidor o direito à vida é protegido e garantido, ou ainda, a satisfação do direito à moradia.

Vê-se então que o direito fundamental da proteção ao consumidor não só pode se relacionar com apenas um direito fundamental como também pode servir de complemento e de instrumento de efetivação a outros direitos fundamentais. Com efeito, no mister de se concretizar a dignidade humana os direitos fundamentais completam-se e se interpenetram, independentemente de pertencerem a dimensões iguais ou diferentes, e isso se verifica claramente nas relações de consumo.

Portanto, como concretização do direito fundamental da proteção ao consumidor é que se deve maximizar e efetivar com maior amplitude o reconhecimento do consumidor enquanto vulnerável na relação material e hipossuficiente na relação processual, eis que se é recorrente numa relação consumerista a situação de redução de capacidade do consumidor sob vários aspectos (econômico, social, informativo, educacional, entre outros), que o torna mais fragilizado em relação ao fornecedor na relação jurídica, mais o é ainda quando o consumidor necessita se sujeitar

inexoravelmente à atividade do fornecedor para poder adquirir produto ou serviço essencial à dignidade e/ou subsistência, caracterizando-se assim os contratos essenciais de consumo em que o bem seja essencial à vida digna e principalmente à sobrevivência do consumidor.

Nessa hipótese, ainda que o consumidor não suscite verossimilhança em suas alegações e fundamentos faz-se mister ao juiz inverter o ônus da prova se configurado o consumidor hipossuficiente de acordo com as regras de experiência do julgador – ou ainda, analogamente ao art. 76, inciso IV, alínea “b” do CDC, que traz exemplos de consumidor hipossuficiente tais como o operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 1-11, maio/ago. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado

para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 832, p. 115, 2005.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

JANCZURA, Roseane. Risco ou vulnerabilidade social? **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301-308, ago./dez. 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 99-145, set./out. 2014.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; PACHECO, Keila Ferreira. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 265, jul. 2011.

_____; _____. Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 98, p. 105-134, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 17. Câmara Cível. Agrado de Instrumento n. 1.0024.11.261912-7/001. HTS Tecnologia em Saúde Comércio Importação e Exportação Ltda. versus Telemar Norte Leste S. A. Relator Desembargador Luciano Pinto. Acórdão de 16 fev. 2012. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.261912-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 09 mar. 2016.

_____. _____. 13. Câmara Cível. Apelação Cível n.

10035100133772001. Claro S. A. versus Futura Agronegócios Ltda. Relator Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata. Acórdão de 21 fev. 2013. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DC6600CD02E3E366071DD44F57EE14AE.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0035.10.013377-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 09 mar. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos dos direitos do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

PINHEIRO, Henrique Soares. **Mensagem subliminar na teoria do negócio jurídico**. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/562/R%20DJ15%20mensagem%20subliminar%20-%20henrique.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

Como citar: ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p155. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/03/2016

Aprovado em: 28/08/2016

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: O PROCEDIMENTO PARA ALÉM DA DESJUDICIALIZAÇÃO

EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION
[USUCAPTION]: THE PROCESS FOR GOING
BEYOND THE REDUCTION OF JUDICIAL
INVOLVEMENT

Lucas Abreu Barroso*
Brígida Roldi Passamani**

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor na Universidade Vila Velha (UVV). Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Direito Civil na Pós Modernidade Jurídica”. Advogado. Email: lab1971@gmail.com.

** Pós-graduanda (*lato sensu*) em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Participante do Grupo de Pesquisa “O Direito Civil na Pós Modernidade Jurídica”. Advogada. Email: brigidapassamani@hotmail.com.

Como citar: BARROSO, Lucas Abreu; PASSAMANI, Brígida Roldi. Usucapião extrajudicial: o procedimento para além da desjudicialização. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.189-211, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p199. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo enseja traçar linhas iniciais sobre o procedimento de usucapião a ser realizado pela via extrajudicial. Mas propõe-se também a uma investigação acerca deste novel instituto a partir de uma perspectiva crítica de direito material. Acaba, por fim, revelando que um de seus requisitos impede uma ampla e proveitosa utilização da inovação surgida no bojo do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chaves: Direito civil. Posse. Função social. Usucapião extrajudicial. Código de

Processo Civil de 2015.

Abstract: This study analyzes adverse possession, which is also known as usucaption or in Portuguese – usucapião. Nonetheless, the concrete realization of its procedure can be by extrajudicial or out-of-court means. Furthermore, this research investigates this novel institution from a depth of critical understanding of substantive law. In conclusion, this paper reveals a fundamental requirement that prevents its extensive and effective use, which became relevant with the introduction of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Civil law. Possession. Social duty. Extrajudicial adverse possession [usucaption]. Brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

INTRODUÇÃO

O estudo que principia cinge-se à linha crítico-metodológica enquanto substrato de norteamento. Neste contexto, alicerça suas bases no pensamento jurídico crítico, particularmente no que cerca uma construção problematizada do direito. Assim, quanto ao seu desenvolvimento, busca trabalhar pela vertente jurídico-sociológica, haja vista a permanente necessidade de confrontação do conhecimento jurídico com a complexidade da realidade social. A partir desta opção, analisa o recorte temático por meio de raciocínio indutivo nos meandros de investigação de tipo jurídico-propositiva, eis que “[...] destina-se ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica, com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas” (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 29).

O percurso histórico da aquisição imobiliária e das titularidades no Brasil vem marcado pela perspectiva monopolista do direito de propriedade, individualista e acentuadamente especulativo, o qual convergiu para o problema da concentração fundiária. Diante deste cenário, o processo de ocupação urbana e rural ocorreu de maneira irregular e iníqua, invocando pelos desafios estabelecidos na Constituição de 1988, sobretudo nos arts. 1º, II, III e IV; 5º, XXIII; 6º, *caput*; 170, III; 182, § 2º, e 186.

O paradigma civilístico da modernidade ainda é amplamente percebido no cotidiano social por meio de uma lógica de distribuição de espaços na cidade e no campo que pouco assimila a estrutura real da sociedade brasileira, perpetuando o anseio pela acumulação fundiária, sem que seja efetivamente direcionada econômica e socialmente a

utilização das glebas urbanas e rurais.

Com base neste englobar fático-jurídico, busca-se demonstrar como a posse em sua realização prática desempenha papel fundamental nas relações sociais, traduzindo-se como verdadeiro substrato do dinamismo social, exprimindo, inexorável e inerentemente, latente função social em sua simples existência, ao consubstanciar a expressão máxima do atuar humano na realização de suas necessidades, ao passo, e em contraste, do que pode ser observado quando a propriedade se encontra no cerne da proteção jurídica.

Nesta seara importa que se tenha em mente a evolução do instituto da usucapião no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, como verdadeira exceção de direito material (TORRES, 2008, p. 424), no intuito de colher os primeiros avanços para ascensão da posse qualificada e visando consolidar o entendimento acima esboçado, referente à sobreposição da situação possessória à titularidade dominial, em razão de sua função social.

Traçados estes pontos iniciais, dirige-se a abordagem do texto à suposta facilitação proporcionada pelo novel diploma processual civil vigente desde março de 2016 acerca da possibilidade de que o procedimento de usucapião seja realizado extrajudicialmente em certa e específica hipótese normativa, sem necessidade da atividade jurisdicional, conforme art. 1.071.

Mas frise-se desde logo que não se trata de uma nova modalidade de usucapião. Pelo designativo usucapião extrajudicial, como vem sendo doutrinariamente anunciado, quer-se referir a um procedimento de reconhecimento do domínio alternativo ao processo judicial (OLGADO, 2015, p. 10).

O procedimento extrajudicial de usucapião seria aplicável a

qualquer das modalidades de usucapião (TARTUCE, 2015, p. 327), que passariam a prescindir da obrigatoriedade da apreciação judicial, embora não a excluam (GAMA, 2016, p. 1). Entretanto, questiona-se: teria sido alcançada a *mens legislatoris* em face das exigências contidas nos incisos e parágrafos do correspondente dispositivo legal?

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

À primeira vista, o permissivo legal em análise demonstra-se, para além do conteúdo processual, como aprimoramento e desmistificação do acesso à propriedade, haja vista a simplificação do seu procedimento aquisitivo, evidenciando, ainda, a tendência de despatrimonialização do direito civil.

Não obstante, cumpre lembrar que a posse é entendida pela legislação brasileira como o exercício fático de quaisquer dos poderes inerentes à propriedade, nos termos do art. 1.196 do Código Civil.

Portanto, a partir da leitura deste dispositivo é possível notar a intencional subordinação da situação possessória ao direito de propriedade, categorizando-a como situação de fato, ainda que juridicamente relevante, como no caso das ações possessórias e da usucapião.

Todavia, faz-se necessário concretizar, com fulcro nos princípios constitucionais antes mencionados, a autonomia da posse, cuja força normativa comunga da mesma efetividade daquela da propriedade, uma vez unida pela função social proativamente exercida, a fim lograr proteção jurídica à altura de sua relevância social.

Certos institutos jurídicos, como a usucapião, atuam no sentido de consolidar esta construção doutrinária. Sendo assim, facilitar a sua efetivação repercute mais adiante que a observação quanto ao

procedimento processual em si mesmo considerado.

É inegável que a posse se apresenta como um forte percussor e realizador de objetivos sociais e humanos (MARQUESI, 2001, p. 119). O reclamo por seu definitivo reposicionamento no campo do direito é, pois, inadiável.

De igual forma, o Código Civil, o Estatuto da Cidade e o Estatuto da Terra fornecem elementos para qualificar a relação fática entre sujeito e coisa, de modo a legitimar o emprego da expressão “função social da posse”.

Vale aqui uma transcrição doutrinária mais alongada em busca de uma mais adequada compreensão do assunto:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da relação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade. (FACHIN, 1988, p. 13). [...] Enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito (FACHIN, 1988, p. 19).

Portanto, afere-se que a posse assume feições que não se reduzem a meros reflexos do direito de propriedade ou de outros direitos reais, que não pretendem ser aprioristicamente a encarnação da riqueza e

muito menos a manifestação de um poder resultante da soberania privada. Trata-se, acima de tudo, de um direito voltado à necessidade humana.

É neste sentido que se trava o discurso diante do instituto da usucapião extrajudicial, como nada mais que o reconhecimento da autonomia possessória diante do confronto entre posse qualificada e propriedade desfuncionalizada, dispensando o exercício jurisdicional para o reconhecimento do direito à usucapião, afastando a artificialidade da posse meramente civil e “fantasmagórica” (BECKER; SANTOS, 2002, p. 120).

Contudo, a cautela exige que se esteja atento às variadas nuances da usucapião extrajudicial, não deixando que o otimismo ofusque mesmo os olhares mais atentos quanto a esta novidade procedimental.

Este texto não deixará de enveredar pelas críticas necessárias aos requisitos da usucapião extrajudicial tal como previstos no Código de Processo Civil, em especial àquele que desde logo acabou por desvirtuar o substrato e a aplicabilidade deste instituto jurídico já em seu nascedouro.

2 A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA E A POSSE QUALIFICADA

Há tempos a propriedade tem sido foco de conflitos e de disputas de índole socioeconômica e em todos esses momentos demonstrou-se insuficiente a titularidade dominial para recompor as desestabilizadas relações jurídico-sociais entre particulares, e entre estes e o Estado (CASTRO, 2011).

Na história ocidental contemporânea a propriedade assumiu uma feição muito própria, ora como símbolo do poder econômico, ora como bandeira das lutas sociais, ora como limitação de oportunidades

individuais, ora como protagonista das mazelas da comunidade.

Com efeito, as expectativas da sociedade civil relativamente à propriedade reclamam ao direito atuar visando condicioná-la econômica e socialmente, a fim “[...] de superar as violentas especulações a respeito de sua amplitude” (CASTRO, 2011).

Após a consolidação do Estado Democrático de Direito, a função social ocupou, junto com a dignidade da pessoa humana, entre outros princípios, o eixo central da proteção jurídica almejada e concedida pelo Estado (FACHIN, 2008, p. 212).

A repercussão desta corrente de pensamento alcançou institutos outrora consagrados no direito privado, implicando em sua impostergável releitura a partir de novos paradigmas, a exigir, inclusive, a resignificação do poder de agir no tocante à autonomia privada.

É diante da evidente inoperância da ideia de propriedade frente às carências derivadas de uma estrutura social deficiente que alcança ainda maior relevância, no contexto deste debate, a situação possessória, a qual, de igual forma, deverá ser avaliada sob o crivo da função social.

A posse se impõe com maior flexibilidade e dinamismo, seja porque a propriedade é estática, seja porque a posse se realiza na conjuntura social. A funcionalização da posse se constata na demanda crescente da comunidade por mais espaços para moradia e trabalho. Assim, a posse qualificada se notabiliza pelo uso e apropriação de bens imóveis com vistas a atender necessidades individuais e coletivas.

Apregoar que a posse realiza direitos fundamentais significa reconhecer que a Constituição está sendo normativamente efetivada. A garantia da posse, ainda que relacionada à propriedade, por se tratar do núcleo do direito à moradia e ao trabalho, deve ser a todos assegurada, com igualdade e sem discriminação, abrangendo os indivíduos e as

famílias, independentemente de cor, idade, gênero, condição econômica, grupo ou preferência política (OSÓRIO, 2004, p. 35).

Entretanto, no plano infraconstitucional acaba por estimular a conversão da posse qualificada em propriedade, por meio da usucapião, inclusive com a redução de prazos e a facilitação de procedimentos (como ocorre na usucapião extrajudicial), ao invés de conceder uma duradoura proteção jurídica à posse.

Constata-se, desta forma, que a tutela da situação jurídica possessória é provisória. Se assim for, em verdade, a usucapião possui duas principais facetas, diametralmente opostas.

A primeira, a demonstrar a força de uma situação possessória funcionalizada frente à propriedade ou a qualquer outro direito real (ALVIM, 2015, p. 2).

A segunda, indicando que para ser completamente protegida pelo ordenamento jurídico a posse deve tornar-se, afinal, propriedade, sendo a finalidade da usucapião “distribuir” a propriedade e não a afirmação da posse dentro da sistemática do direito civil. O objetivo final será sempre a sua transformação em direito real.

Independentemente da propriedade ou de qualquer outro direito real, a posse lastreada nos fundamentos antes expostos significa admitir a existência de direito subjetivo ao não-proprietário (TORRES, 2008, p. 354), que através da terra assegura um patrimônio mínimo capaz de lhe conceder uma existência autônoma.

3 O PROCEDIMENTO PARA ALÉM DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A Lei n. 13.105/2015 introduziu no ordenamento jurídico

nacional o procedimento extrajudicial de usucapião, enquanto corolário da denominada *desjudicialização*, por sua vez decorrente do constante esforço no sentido de desafogar as serventias judiciais da exacerbada quantidade de demandas postas ao exercício da jurisdição, movimento que ganhou fôlego desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário” (OLIVEIRA, 2011, p. 2-3).

Na prática, a previsão de variados procedimentos extrajudiciais precedeu a usucapião extrajudicial, valendo mencionar: a) a execução do contrato não cumprido de alienação fiduciária de bem imóvel; b) a retificação de registro de assentamento civil; c) a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual; d) a conversão em propriedade do título de legitimação de posse no âmbito do Programa Minha Casa, Minha vida.

O art. 1.071 do novo Código de Processo Civil acrescentou ao Capítulo III do Título V da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) o art. 216-A, *in verbis*:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou

averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares

de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum (BRASIL, 1973).

A supressão da instância judicial demonstra evolução relativamente às disposições constantes do conjunto da normativa anterior em matéria de aquisição de bem imóvel por meio de usucapião. Isso porque, a recusa a uma exclusividade jurisdicional não suscita insegurança no processamento da usucapião, mormente em razão da fé pública registral em se tratando do procedimento extrajudicial.

Há que se afastar desde logo hipótese de arguição de violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que o *caput* do art. 216-A expressamente consignou que o pedido de reconhecimento

extrajudicial de usucapião se dará sem prejuízo da via jurisdicional.

Percebe-se com a usucapião extrajudicial uma clara opção do legislador pelo atendimento da função social do imóvel urbano e rural, rompendo, ainda que timidamente, com a tradição dos códigos oitocentistas, como se depreende da lição de Arruda Alvim (2015, p. 1-3):

Dizia-se como verdade absoluta que no direito de usar do proprietário estava implicado o direito de não usar. É perceptível que essa afirmação se esgarçou, o que repercutiu na usucapião, pelas facilidades com que se pode usucapir. Ao longo dos anos, portanto, notou-se certa flexibilização do valor absoluto do direito de propriedade, inclusive na doutrina. [...] O que se pode asseverar é que a evolução pela qual passaram o direito de propriedade e o impacto da consagração constitucional ampla da função social da propriedade veio a permitir a possibilidade de um instituto como a usucapião extrajudicial, que em outros tempos seria literalmente impensável. Some-se a isto o argumento normativo, de carga quase emocional, que decorre do texto constitucional de que todos devem ter direito à moradia (art. 6º, *caput*, da CF/1988, incluído pela EC 64/2010).

A argumentação até agora produzida leva a questionar a exigência do requisito constante do inciso II do art. 216-A, especificamente: “[...] planta e memorial descritivo assinado [...] pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes” (BRASIL, 1973).

Com idêntico entendimento, afirma Valestan da Costa (2015, p. 8) que:

[...] a exigência da anuência na planta do imóvel

usucapiendo de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos averbados ou registrados na matrícula conspira contra a usucapião extrajudicial, praticamente impossibilitando-a.

E por razões que parecem bastante óbvias. O próprio Costa (2015, p. 7), esclarece:

Pressupõe que todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo estejam vivos ou presentes e sejam conhecidos. Também pressupõe que o imóvel esteja matriculado e que a posse tenha sido exercida nos exatos termos da matrícula, o que também não condiz com a realidade dos casos de usucapião. Ledo engano. Muitos titulares de direitos na matrícula desaparecem. Muitos imóveis não estão matriculados.

Portanto, a hipótese normativa contida no inciso II do art. 216-A constata-se de todo inadequada. A usucapião é “[...] modo originário de aquisição da propriedade e outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei” (PELUSO, 2010, p. 1.212). Como modo originário de aquisição não há que se falar em transferência de titularidade, não sendo de se exigir, sob nenhum fundamento, o consenso entre requerente e requerido.

Até porque, supõe-se que os interesses dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo sejam diametralmente opostos aos do usucapiente. Ao atrair um caráter consensual para o seu reconhecimento, a usucapião extrajudicial foi praticamente reduzida a mera confirmação de negócios jurídicos pretéritos, com lastro ou não em justo título.

Destarte, cabíveis muitas indagações quanto à pretendida

inovação procedimental:

[...] qual o interesse do usucapido em concordar? Se houvesse concordância, que necessidade haveria da usucapião? Se a aquiescência do titular do domínio é um requisito, qual o sentido da prescrição aquisitiva? O mesmo se pode dizer em relação aos demais titulares de direitos reais ou outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel “usucapiendo” (moradia, uso, usufruto, locação, hipoteca, anticrese, caução, garantia fiduciária, penhora) por ser a usucapião saneadora de todos os ônus ou gravames existentes no imóvel em razão da sua natureza de aquisição originária da propriedade (COSTA, 2015, p. 9).

Porquanto não seria demasiado concluir que o inciso II do art. 216-A acabou por inaugurar verdadeira modificação quanto à natureza jurídica da usucapião, alterando a própria essência deste consagrado instituto jurídico. Daí, na sequência da constatação acima exposta, poder afirmar-se que o legislador acabou por criar uma outra modalidade de regularização fundiária, de natureza privada e consensual.

Soma-se àquele descabido requisito a insólita determinação contida no § 2º do art. 216-A, em destaque:

Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, *interpretado o seu silêncio como discordância* (BRASIL, 1973, grifou-se).

Caso não consiga superar a barreira imposta pelo inciso II do art. 216-A, o usucapiente dependerá do êxito das notificações expedidas pelo registrador - disposição expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes - para ver atendido o segundo requisito do seu pedido de usucapião extrajudicial.

Para dificultar ainda mais a sua aplicação, a parte final do § 2º do art. 216-A preceitua que passados *in albis* quinze dias da notificação o silêncio dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes será tomado como discordância.

Vislumbra-se, pois, destinada à insignificância jurídica a recém-chegada usucapião extrajudicial, a menos que alterações substanciais sejam introduzidas no dispositivo legal em comento. As proposições que se entende adequadas foram apropriadamente sintetizadas por Valestan da Costa (2015, p. 11):

[...] considerar suficiente a assinatura na planta do requerente, de profissional habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no órgão competente, e dos confinantes, com firma reconhecida, desde que comprovada a notificação do titular do domínio pelos meios permitidos em lei, inclusive edital, e a ciência do poder público na forma já prevista no § 3.º do artigo em comento, presumindo-se o silêncio do titular do domínio como aceitação do requerimento da usucapião.

Um contraponto é sempre salutar, ainda mais quando proveniente de respeitado representante acadêmico:

Vale ressaltar um ponto importante da regulamentação normativa: se o confinante ou titular de direitos reais não se manifestar, não se presume sua anuência. A solução adotada é oposta à vigente na retificação extrajudicial, em que o silêncio do confinante notificado implica concordância tácita (Lei de Registros Públicos, artigo 213, parágrafo 5º). *Com a cautela legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento da efetividade.* Um estudo estatístico que analise o número de retificações administrativas em comparação com o de contestações judiciais posteriores pode servir para confirmar a solução do novo artigo 216-A, ou para indicar a necessidade de sua reforma posterior (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2015, p. 3).

Com a devida reverência, tal pensamento somente poderia prosperar em um ambiente jurídico pautado no normativismo. Explica Castanheira Neves (1998, p. 37):

Pode dizer-se muito em geral que o normativismo é aquela perspectiva que compreende o direito como um autonomamente objectivo e sistemático ‘conjunto de normas’ - não como um complexo casuístico de decisões concretas, não como uma aberta e judicativo-doutrinal jurisprudência normativamente constituída, não como uma determinável e estruturante instituição etc.

Um direito assim pensado remete seu sentido a referir-se “[...] a prévias normas jurídicas vinculantes que o jurista só haveria de conhecer e dedutivamente aplicar - tomadas de momento ‘normas’, ‘prescrições’, ‘regras’ etc. como sinónimos” (NEVES, 1998, p. 37). Isso implica dizer que o ideal de segurança jurídica ali externado está identificado com

certeza ou previsibilidade, atributos conferidos pela “ímanente coerência” contida na racionalidade enquanto particular destaque da índole teórica do normativismo - sobretudo no sistemático normativismo horizontal, em que normas estão em conexão com outras normas no mesmo plano lógico (NEVES, 1998, p. 55-56).

A segurança, que não se pretende com esta argumentação refutar, é “[...] um importante efeito da ordem jurídica [...]”, como afirma Fernando Bronze (2010, p. 133). Mas apenas os descrentes a dariam hoje a centralidade do direito, como se lhe bastasse à sua realização. Pois que “[...] é certo ser esta uma segurança [...] insegura, porque o homem é indeterminado” (BRONZE, 2010, p. 132).

CONCLUSÃO

O propósito do legislador com a inovação produzida pelo art. 1.071 do Código de Processo de Civil, há pouco em vigor, que introduziu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos, não obstante bem intencionada, precisará ser aclarada se deseja lograr efetividade.

Com efeito, seguindo uma das seguintes coordenadas:

1) Ou para confirmar a normatividade presente na formulação original do referido dispositivo (a) em seu inciso II, “planta e memorial descritivo assinado [...] pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes” e (b) em seu § 2º,

[...] se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador

competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância (BRASIL, 1973).

2) Ou, o que genuinamente se espera com fulcro neste estudo - conferindo maior abrangência e maior celeridade à usucapião extrajudicial, e também para torná-la menos gravosa, pois do contrário será sempre mais atrativa a via judicial, porquanto o procedimento há pouco inaugurado demonstra roteiro demasiado burocrático -, para relativizar a exigência contida na 2ª parte do seu inciso II (“planta e memorial descritivo assinado [...] pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes”) e interpretando como concordância o silêncio de que trata o seu § 2º.

Tais soluções, além de mais consentâneas com os “[...] valores de celeridade e eficiência que informaram a produção do novo Código [de Processo Civil] [...]” (OLGADO, 2015, p. 11), não colocariam em risco a estabilidade jurídica do procedimento, eis que a “[...] usucapião não está imune aos mecanismos judiciais de reconhecimento de sua invalidade quando presente algum dos defeitos do negócio jurídico” (OLGADO, 2015, p. 11).

Da forma como encontra-se positivado, sequer seria possível confirmar, do ponto de vista teórico, tratar-se de usucapião a modalidade em tela, além do que relegando-se sua efetividade estar-se-ia confinando à não operabilidade sua prática social.

Tais deturpações não encontram respaldo na hodierna doutrina jurídica da interpretação, da qual se espera bem mais que uma mera investigação semântica do texto normativo, mas atividade intelectual

única e integral que culmina na realização do direito, “[...] reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema” (AMARAL, 2003, p. 208).

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O usucapião extrajudicial no novo código de processo civil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

ALVIM, Arruda. A usucapião extrajudicial e o novo código de processo civil. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 79, p. 15-31, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/rdi79/pdf.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECKER, Laércio Alexandre; SANTOS, Edson Luiz da Silva dos Santos. **Elementos para uma teoria crítica do processo**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASTRO, Thainá Lima Bittencourt de. O direito à propriedade em face da função social: indivíduo x sociedade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10766>. Acesso em: 30 abr. 2016.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do novo código de processo civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 79, n. 38, p. 155-177, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/rdi79/pdf.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. O Direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 208-217 jul./set. 2008.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 371-402, set. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARQUESI, Roberto
Wagner. **Direitos reais agrários e função social**. Curitiba: Juruá, 2001.

NEVES, António Castanheira. **Teoria do direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 79, p. 125-154, jul./dez. 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Usucapião administrativa: uma alternativa possível. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 48, p. 129-160, out./dez. 2011.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 17-39.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2010.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Como citar: BARROSO, Lucas Abreu; PASSAMANI, Brígida Roldi. Usucapião extrajudicial: o procedimento para além da desjudicialização. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.189-211, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p199. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 16/06/2016

Aprovado em: 10/01/2017

O PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO: A FUNÇÃO SOLIDÁRIA E SUSTENTABILIDADE DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

THE FULL EMPLOYMENT PRINCIPLE:
THE SOCIAL ROLE OF SOLIDARY AND
SUSTAINABILITY OF COMPANIES

Deilton Ribeiro Brasil*
Leandro José de Souza Martins**

Como citar: BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. O princípio do pleno emprego: a função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.212-244, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p212. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar o princípio da busca do pleno emprego sob a ótica da função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias, no contexto da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. O objetivo da lei de recuperação judicial e de falências é, dentre outros, o de permitir a adoção de mecanismos que, pondo em relevo os aspectos inequivocadamente institucionais das empresas viáveis, busquem sua reorganização e recuperação econômica. Consequentemente, haverá, com isso, preservação de empregos, sem prejuízo da produção e circulação de mercadorias e riqueza. De fato, o exercício da

* Pós-doutorando em Direito pela University of Ljubljana (Eslovênia) e Università di Pisa (Itália). Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina (Itália) e Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Professor de Graduação e Mestrado da Universidade de Itaúna (UIT) e do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

** Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor do Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), Campus Ouro Branco. E-mail: leandrojosesm@gmail.com.

atividade empresária é fonte de arrecadação de impostos e de empregos, constituindo-se em instrumento fundamental para a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e contribui ainda, para a melhoria das condições de trabalho e fomento da atividade econômica. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico, que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Busca do pleno emprego. Sustentabilidade. Função solidária da empresa. Falência. Recuperação de empresas.

Abstract: This paper analyzes the full employment principle with the social roles of solidary and sustainability within companies and corporations, in the scope of the Brazilian Law n°. 11.101 of February 9, 2005. The end-goal of this law – also known as the law of bankruptcy and judicial reorganization – is to institutionalize the adoption of mechanisms that emphasizes the various aspects and functionality of viable companies. In this fashion, it seeks the reorganization and financial recovery of bankrupt juridical entities; moreover, it intends to maintain current jobs, production and circulation of goods. Bearing in mind that the private sector is a huge source of tax revenue and jobs, it is also an important instrument in the progressive elimination of

socio-economic inequalities and poverty; improves labor conditions; and promotes economic activity. This study utilizes the literature and bibliographical research method; the descriptive-analytical method, which is important in the analysis of constitutional and subconstitutional laws; as well as doctrines that inform the concepts of dogmatic order.

Keywords: Full employment principle. Sustainability. Social role of solidary. Bankruptcy. Financial recovery of companies.

INTRODUÇÃO

No Direito Brasileiro, especialmente com o Código Civil atual, em seu artigo 966, a empresa é entendida como uma atividade profissional, organizada em elementos econômicos, na produção e circulação de bens e serviços. Efetivamente, a empresa é vista como um sistema em que se desenvolvem diversas atividades que partem do âmbito econômico, mas que o extrapolam. De fato, a empresa cumpre, verdadeiramente, relevante papel social ao criar empregos, diretos ou indiretos, tão importantes para que as demais atividades sejam executadas satisfatoriamente, ao lado da produção de bens e serviços, fazendo circular o capital e gerando a arrecadação tributária para o Estado.

Desde as primeiras monografias sobre o conceito de empresa adotado pelo Código Civil, especialmente seguindo o raciocínio de Coelho (2005a, p. 12) e Cavallazzi Filho (2006, p. 51), destaca-se que a atividade econômica da sociedade empresária passou por um processo de evolução. Ou seja, evoluiu ao superar a marcante fase da *teoria dos atos de comércio*, vista como instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil, para estabelecer fase da *teoria da sociedade empresária*. Esta, por sua vez, possui o acento tônico no caráter subjetivo da empresa, além do fundamental deslocamento da noção de ato para a noção de atividade).

Em nome de tal evolução, portanto, o direito de empresa deixou de ser apenas o direito de certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos, que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão.

Souza (2003, p. 288) verifica que outro ponto referencial resultante dessa evolução consiste em situar a sociedade empresária

na vida econômica, como ente determinante ou como agente executivo da política econômica. Como tal, a empresa se mostra empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem jurídico-econômica de uma nação. Especificamente, significa dizer que cabe à empresa a responsabilidade de contribuir, de modo efetivo, para o progresso econômico da sociedade e do Estado. E um dos modos mais imediatos é com a oferta de trabalho e emprego.

Nas palavras de Azevedo, fundamentando o argumento exposto,

[...] o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social por intermédio da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, etc., condiciona não apenas a ação do Estado, mas as ações de toda sociedade, principalmente dos titulares das empresas (AZEVEDO, 2008, p. 43).

Notadamente em nossos dias, faz-se urgente a preservação dos empregos, com sua devida remuneração e trabalho. Empregado, o indivíduo tem condições de se realizar economicamente. Por conseguinte, com as mesmas proporções, cada cidadão enxerga melhores possibilidades para sua vida, ou, no mínimo, sabe-se possuidor de garantias básicas para seu sustento e bem-estar.

Ora, em tempos de crise, a empregabilidade é um dos elementos sociais que mais se fragiliza. Atualmente, vê-se que a economia brasileira se encontra afastada de uma oferta ampla/pacífica de emprego: é evidente o quanto que, nos últimos meses, avançaram os números estatísticos que aferem o crescimento do desemprego, ao lado de indicadores referentes ao mercado informal, ou subocupação e subempregos. Infelizmente, há a percepção de baixos salários e rendimentos médios baixos, que

não condizem com uma situação de dignidade e em consonância às expectativas de direito criadas pelos princípios constitucionais vigentes.

Não obstante tal horizonte, e em confronto direto contra ele, a atividade empresária é importantíssima enquanto personagem direta para implementação do desenvolvimento social. Conforme Sanches; Silveira (2013, p. 121) afirmam:

Várias das atividades outrora exclusivamente estatais (saúde, educação, transporte, previdência) foram transferidas aos titulares da livre iniciativa econômica. Doravante, o acesso a bens essenciais não é feito na qualidade de cidadão social, mas sim como consumidor de serviços concedidos pelo poder estatal.

De qualquer modo, interpreta-se teleologicamente que a empresa atua como um instrumento de concretização dos direitos humanos e de melhoria na qualidade de vida das pessoas, especialmente na questão do emprego, de sua manutenção e fomento. Decorre, daí que, a preservação da atividade empresária se mostra, conforme detalhado abaixo, efetiva política de implantação e de preservação do emprego (CASTRO, 2007, p. 43), garantindo, portanto, as relações empresariais, mercantis e produtivas, realizadas entre os mais diversos sujeitos.

Em vista destes elementos, este artigo procura apresentar uma análise a ótica da função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias à luz do princípio da busca do pleno emprego.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema – como o princípio do pleno emprego em relação a função solidária e a sustentabilidade das sociedades empresárias.

A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1 DO EMPREGO¹ E DO PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO À LUZ DA EMPRESA

1.1 O Princípio do Pleno Emprego

A partir da Constituição Federal de 1988, o princípio da busca do pleno emprego se tornou consagrado no ordenamento brasileiro, substituindo em nomenclatura e expansão o princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo. O pleno emprego, assim, apresenta-se como um dos princípios da Ordem Econômica da CF/1988, cujo objetivo maior e a promoção da existência digna dos cidadãos, segundo os ditames da Justiça Social.

O princípio da busca do pleno emprego pode ser classificado, segundo a tipologia apresentada por Canotilho (2004) como princípio constitucional impositivo, impondo ao legislador “[...] a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados [...]” (CANOTILHO, 1998, p. 1040), especialmente para o a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

1 Ainda que não seja objeto deste trabalho, nunca é demais distinguir os conceitos de emprego e de trabalho, entre relação de trabalho e relação de emprego. Para Maurício Godinho Delgado (2007, p. 285), a relação de trabalho se compreende genericamente, e se refere ao universo de relações jurídicas caracterizadas por uma obrigação de fazer (trabalho em sentido amplo). Por sua vez, consiste em relação de emprego, ainda nas lições do preclaro doutrinador, é uma das modalidades de relação de trabalho. Como espécie deste gênero (trabalho), o emprego é a forma de prestação de trabalho mais importante no sistema econômico contemporâneo, especialmente nos que se baseiam em elementos do sistema econômico capitalista. Os artigos 2º e 3º da CLT, com precisa objetividade, definem empregado e empregador e, ato contínuo, caracteriza fática e juridicamente a relação de emprego (prestação de trabalho por pessoa física, não eventual, com pessoalidade, efetuada sob subordinação do tomador dos serviços e com onerosidade).

Conforme aponta em recente artigo Roseli Santos (2015, p. 5266),

O princípio da busca do pleno emprego constitui-se, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como um direito social constitucional a ser observado no desenvolvimento da atividade econômica e tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a justiça social.

O princípio da busca pelo pleno emprego na Constituição Federal de 1988 foi baseado nas ideologias de John Maynard Keynes, economista britânico que na primeira parte do século XX promoveu uma verdadeira revolução no pensamento econômico. Formulando teorias que explicitavam a necessidade de intervenção do Estado na economia, como principal meio de promover o efetivo desenvolvimento socioeconômico.

Nas palavras de José Carlos de Assis (2002, p. 17), o pleno emprego decorre de uma democratização das relações de trabalho e pode ser definido como uma condição do mercado onde todos os que são aptos a trabalhar, e estão dispostos a fazê-lo, encontram trabalho remunerado.

1.2 Efetivação do Princípio do Pleno Emprego

Segundo Assis (2000, p. 119), o instrumento fundamental para a promoção do pleno emprego deve passar, necessariamente, por uma mudança de política econômica monetária e de política fiscal. Evidentemente, que isso está sujeito à mobilização permanente da opinião pública, de ações efetivas a partir das lideranças políticas, a fim de que possam, a seu tempo e em seus parâmetros, implementar uma ação concreta.

Deste modo, sintetiza Santos que:

Atualmente discute-se a adequação do termo pleno emprego à realidade social. Numa acepção mais restrita, o pleno emprego seria definido como uma situação em que todos aqueles que estivessem aptos a trabalhar estariam sujeitos a uma relação de emprego. Hoje, com as mais diversas formas de exercício de atividade laboral e de vinculação com os agentes titulares dos meios de produção, a expressão pleno emprego revela um sentido restritivo, sendo mais adequado diante dessa nova realidade socioeconômica, a substituição de seu termo por pleno trabalho ou plena atividade (SANTOS, 2015, p. 5254).

Evidentemente, a busca do pleno emprego figura como um princípio da ordem econômica, consagrando a perspectiva de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa de modo a assegurar a todos a existência digna, e se materializando como princípio diretivo da economia. Tem como objetivo a redução gradual e progressiva da desigualdade social decorrente do alto desemprego contemporâneo, tido como um fenômeno estrutural associado ao rápido desenvolvimento tecnológico das últimas décadas (ASSIS, 2002, p. 13-14).

Por conseguinte, a implementação de políticas de pleno emprego aferirá como resultado direto imediato a progressiva eliminação das desigualdades socio-econômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais. Indiretamente, conforme Santos (2015, p. 5255 e 5256), o pleno emprego “[...] contribui para a melhoria das condições de trabalho, a recuperação da infraestrutura econômica, a melhora das finanças públicas, o incremento na competitividade externa e o aumento de qualidade nos serviços públicos essenciais”.

Segundo Santos (2015) o êxito de uma política de pleno emprego depende diretamente da atuação de agentes desenvolvedores de atividade econômica – empresários, sendo assim, um programa de promoção de pleno emprego requer a intervenção estatal no sentido de remover entraves econômicos. Assis (2000, p. 119), defende que o instrumento fundamental para a promoção do pleno emprego é a mudança de política econômica monetária e de política fiscal, que depende da mobilização constante da opinião pública e da capacidade das lideranças políticas de implementar uma ação concreta.

Maestro Buelga (2002, p. 65) cita como exemplo, as intervenções destinadas a influenciar diretamente a demanda e a oferta, instrumentadas através de mecanismos tributários e creditícios. E acrescenta que as políticas de mudanças públicas introduzem a possibilidade de influenciar no comportamento dos entes privados e no comportamento do sistema

1.3 Pleno Emprego e a Preservação da Sociedade Empresária

Ora, em vista dos argumentos acima, a busca do emprego e, conseqüentemente, a realização do “pleno emprego”, está relacionada estritamente com o princípio da preservação da sociedade empresária. Por isso que, direta e imediatamente, a sociedade empresária e, especialmente, sua preservação e incentivo, interessa ao direito e à economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais (FACHIN, 2001, p. 199). Decerto, o exercício da atividade empresária é respeitável fonte de tributos e empregos.

Continuamente, o princípio da busca do pleno emprego corresponde ao da preservação da sociedade empresária (de que é corolário o da recuperação da sociedade empresária), segundo o qual,

diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresária e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica (GONÇALVES NETO, 1998, p. 99).

Constata-se, portanto, que o legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a sociedade empresária e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para violação do projeto constitucional (TEPEDINO, 2003, p. 118).

Nesse diapasão, Gama e Ciudad (2007, p. 25) defendem que a dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida de que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é o foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do progresso científico e tecnológico. Porquanto, este deve inclinar sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso.

A compreensão dos motivos que conduziram o legislador constituinte a estabelecer a busca do pleno emprego como um dos elementos basilares da sistemática jurídica brasileira é bastante simples, pois é a atividade laboral que confere ao trabalhador a remuneração que por ele será utilizada para a digna subsistência sua e de sua família

(NITSCHKE JÚNIOR, 2008, p. 24). Ou melhor, visa a todos que estejam aptos de forma igual a disputarem os mesmos cargos empregatícios. Este princípio se funda que todo aquele que se encontre apto a trabalhar, estariam sujeitos a uma relação de emprego. Ferreira Filho (1998, p. 356), atribui como significado a criação de oportunidades de trabalho, para que todos possam viver dignamente, do próprio esforço.

Então, mais uma vez é atribuído a empresa e ao governo o dever de incentivar a geração de postos de trabalho, fazendo com que maior parte da população encontre vagas disponíveis, diminuindo o desemprego e como consequência, a desigualdade social do país. Porém, em uma sociedade capitalista tal qual se encontra hoje, com um mercado de trabalho cada dia mais afunilado e acirrado devido as exigências para se qualificar, este princípio se torna de um caráter utópico, se não houver uma maior intervenção estatal em inúmeros setores, desde o educacional até o de qualificação ocupacional.

2 DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO SOLIDÁRIA DA EMPRESA

A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 apresentam as disciplinas gerais da atividade empresarial, sempre à luz de objetivar o alcance do bem social, do bem comum. De fato, a atividade empresarial subordina-se aos preceitos decorrentes do diálogo entre a Constituição e o Direito Civil. Assim, conforme Reale (2005, p. 262), a empresa, assim com o direito privado como todo, desenvolverem as relações e âmbitos atingidos e resguardados pelos Direitos Fundamentais.

Ora, dentre os Direitos Fundamentais de índole constitucional-civilista, encontra-se o princípio da função social, especialmente aplicada aos contratos. Nos termos de Carvalho (2011, p. 1), função social é “[...]”

categoria programática de ação que tem por escopo cumprir o catálogo de valores, bens e direitos presentes na ordem jurídica”. De outro modo e particularmente no âmbito do Direito Contratualista, os dispositivos que partem da ideia de função social são aqueles que permitem às relações jurídicas, mormente as intersubjetivas, adjetivarem-se como probas, de boa-fé, e sem o escopo de acarretar dano a outrem².

Comparato (1990) entende a função social como um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva, e estender os efeitos desta consideração ao ramo da atividade empresarial: em suma, tratar, seria e especificamente, de uma função social da empresa.

A função social da empresa encontra-se inserida no conjunto dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 1º, no artigo 3º, que dispõe sobre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, e no artigo 170, que estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, cuja finalidade é a de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Esclarecendo ainda mais, a função social da sociedade empresária encontrou respaldo no supracitado art. 170, III, da Constituição Federal, que o instituiu como princípio da ordem econômica. Segundo Cavallazzi Filho (2006, p. 153), a função social é devida vez que a sociedade

2 A função social e a boa-fé objetiva são princípios fundamentais do Código Civil 2002, conforme intenção expressa por seus idealizadores e descrita na Exposição de Motivos do referido diploma legal, contando, ainda, com o relevo dado nos artigos 186 e 927 e seguintes.

empresária atua não apenas para atender aos interesses dos sócios, mas de toda a coletividade e principalmente dos empregados, finaliza (COMPARATO, 1990).

Nesse sentido, para Carvalhosa (1977, p. 237) a sociedade empresária tem uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Para o autor, existem três principais funções sociais da sociedade empresária: a primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados; a segunda volta-se ao interesse dos consumidores; a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a sociedade empresária atua.

Com o mesmo raciocínio, Gama (2007, p. 28) e Barcellos (2002, p. 110-113) apontam que, a função social do direito civil, como uma das exigências fundamentais do Estado brasileiro, é um aspecto componente do aparato de proteção que se dá ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de viabilizar a consolidação efetiva dos princípios de igualdade material e justiça social.

Ainda no que diz respeito à função social da sociedade empresária, registra Tokars (2002, p. 77-96), que a função social significa um paliativo retórico aos efeitos concretos de nossas políticas econômicas, ou seja, traduz uma válvula de escape psicossocial, a qual pode ser definida como instrumento de aparente conquista social que, na realidade, acaba por atuar exatamente de forma oposta, mantendo privilégios ou impedindo a real conquista dos interesses sociais.

A função social da sociedade empresária se vincula, pois, de sorte imediata, à atividade empresária desenvolvida.

Quanto à função social da sociedade empresária, anota a doutrina pátria a divisão em duas espécies: endógena e exógena, levando em conta os fatores envolvidos tanto na sociedade empresária quanto em seus métodos para cumprir sua função social.

A função social de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresária no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da sociedade empresária não implícitos na relação administradores-sócios etc.

Por sua vez, a função social da sociedade empresária em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela sociedade empresária. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da sociedade empresária: concorrentes, consumidores; e, o meio ambiente (AMARAL, 2008, p. 119).

A título de demonstração de que tanto o perfil exógeno quando o endógeno foram levados em conta pelo legislador constituinte, para Amaral (2008, p. 120), faz-se imprescindível a transcrição do texto do art. 170 da Constituição Federal, asseverando-se que tal preceito abre as disposições constitucionais acerca da ordem econômica no Estado brasileiro.

O *caput* do art. 170 da Constituição Federal traça os limites que deverão ser obedecidos na aplicação dos princípios que integram seu rol, ao delimitar objetivo relativo à existência digna de todos os brasileiros, devendo ser levados em conta os ditames da justiça social, isto é, de uma justa organização social dos componentes da sociedade, numa expressa referência ao direito como instrumento social. Também há que se afirmar que a ordem econômica deve ser explicitamente fundada na valorização

do trabalho humano e na livre iniciativa.

Amaral (2008, p. 120-121) acrescenta ainda que, a transcrição do preceito não só demonstra a preocupação do constituinte com a construção de uma sociedade justa e igualitária, como traz à baila o fato de que, ao serem previstos diversos princípios aplicáveis à ordem econômica, cada um deles deverá ter a mesma importância, mas poderá se moldar mais adequadamente à determinado caso concreto.

Verifica-se, pois, que os fatores exógenos e endógenos da atividade empresária estão presentes em tal artigo da Carta Magna. Por certo, a valorização do trabalho humano, sob o ponto de vista empresário, encontra-se dentre os fatores endógenos da função exercida pela sociedade empresária. No que se refere ao meio ambiente, aos consumidores etc., tem-se expressa preocupação do legislador constituinte com fatores exógenos à função social da sociedade empresária, vez que voltados à coletividade na qual a mesma exerce suas atividades (AMARAL, 2008, p. 121).

Quanto às outras importantes atuações da função social da sociedade empresária, Brevidegli (2000, p. 5) explica que seus reflexos sobre o contrato de trabalho que também são evidentes; neles, impõe-se a incidência de outro princípio a reger o contrato: a boa-fé objetiva que, por sua vez, pode ser entendida sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo.

Outrossim, há reflexos da função social no âmbito do direito laboral. Para Brevidegli (2000, p. 6) toda a essência da relação de trabalho e a proteção do trabalhador pode ter uma nova dimensão e parâmetro dentro desse novo pensar da sociedade empresária. A questão do trabalho e até mesmo da efetividade do processo do trabalho, perpassa a maneira como se estruturam as sociedades empresárias, como o Direito as conforma e como permite ou não *brechas* para que as obrigações empresárias

contraídas e os deveres contratuais não sejam cumpridos, favorecendo a instabilidade social, a concentração de riquezas e aumentando o fosso da injustiça social.

A função social da sociedade empresária, portanto, acarreta a superação do caráter eminentemente individualista, devendo o direito individual do seu titular coexistir com a funcionalização do instituto, desempenhando, pois, um papel produtivo em benefício de toda a coletividade. A atividade empresária, então, apresenta um caráter dúplice, uma vez que serve não só ao sujeito proprietário, como também às necessidades sociais (CASTRO, 2007, p. 138). A função social da sociedade empresária, então, constitui-se em linha mestra do direito de empresa no Código Civil, o que reforça a opinião da preservação da sociedade empresária como princípio essencial desse diploma legal.

Tem-se, então, que a busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das sociedades empresárias que adotem uma postura positiva no tocante à concretização dos direitos sociais. Essa responsabilidade e dever social das sociedades empresárias, por sua vez, não afastam os deveres inerentes ao Estado. Ao contrário, incumbe ao Estado não só concretizar políticas públicas destinadas à moradia, segurança, saúde e educação, como também, evitar práticas anticoncorrenciais de determinados grupos de sociedades empresárias. Estado e sociedade empresária, portanto, não mais atuam em setores distintos. Na verdade, se completam (CASTRO, 2007, p. 143).

A função social da empresa exige desta uma atividade voltada para os objetivos relacionados ao interesse coletivo. Não implica somente no cumprimento efetivo das obrigações legais e na observância dos direitos mais efetivos da sociedade empresária, como as questões

sociais, direitos trabalhistas e tributários. Aqui, realiza-se a função social. Entretanto, além da função social, há também a *função solidária*, pois a empresa também se responsabiliza no compromisso com a preservação ambiental, relacionamento ético com fornecedores e consumidores, bem como o cuidado com o impacto de sua atuação na comunidade onde está inserida.

Assim, alargando o horizonte da função social, encontra-se a função solidária, pela qual se exige por parte da atividade empresária a adoção de operações e interferências na vida social afinadas aos valores éticos, valorizando os princípios dos direitos fundamentais relacionados ao trabalho. Ademais, pela função solidária, as empresas determinam suas ações pelo uso racional dos recursos naturais, na transparência de relações e no cuidado com a coisa pública e com os direitos e deveres que deste espaço decorrem.

Conforme expressam precisamente Campello e Santiago (2015), foi a partir da nova dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que se possibilitou uma subsunção dos direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, com os direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso. Nesse sentido:

O fundamento dos direitos de solidariedade está numa nova concepção de Estado, de ordem internacional e de relacionamento entre os povos, mas também - e principalmente - na realização efetiva dos direitos anteriores, a que se somam novos direitos não mais individuais ou coletivos, mas difusos. Nesta ótica, o respeito à soberania de um Estado deve compatibilizar-se com seu dever de cooperar com os demais, o que implica admitir como válidos direitos reconhecidos pela comunidade internacional - leia-se, pela consciência humana (SILVEIRA;

ROCASOLANO, 2010, p. 177 *apud* SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 114).

E explicam os autores

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. O direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico são unificados por muitos autores como direito ao desenvolvimento sustentável. O direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento econômico foram unificados, por muitos autores, como direito ao desenvolvimento sustentável. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação (SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 114).

Portanto, não basta para a atividade empresarial o cumprimento das leis. A sociedade exige mais das empresas: exige ao exercício pautado na função solidária, para enfrentar, combater ou minimizar as consequências sociais do poder das empresas, especialmente em relação aos impactos que suas atividades acarretam nas esferas políticas, econômicas, sociais e ambientais.

Quer dizer que a atividade empresarial deve efetivas ações sustentáveis, solidárias, em vista do maior bem coletivo possível. Na leitura constitucional dos princípios que regem a empresa, é fundamental destacar que a empresa seja promotora de atividades benéficas e extremamente garantidoras de direitos dos cidadãos, especialmente assegurando a dignidade de vida e a promoção de sadias relações sociais.

Em nosso país (...) as funções sociais e solidárias das empresas orientam para que elas não sejam aceitas simplesmente como entidades focadas na “maximização auto interessada do lucro, mas que sejam estruturas cujas atividades sejam projetadas para promover e beneficiar as sociedades e os indivíduos com quem interagem (SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 124).

3 O PLENO EMPREGO E A FUNÇÃO SOLIDÁRIA NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

3.1 A Lei n.11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas (LRE)

A centralidade da função solidária da atividade empresarial é fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, como já visto. Dentre estes, destaca-se a questão do emprego e a manutenção da ordem econômica e do exercício digno da vida social. Pela função solidária, as empresas superam as preocupações particulares e se abrem para serem instrumento eficaz para o desenvolvimento econômico do país.

Com a promulgação da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 que passou a vigor a partir do mês de junho de 2005, houve a regulamentação da recuperação judicial, da extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária. Ela se aplica à execução concursal (e aos meios de evitá-la, que passam a ser a recuperação judicial e a extrajudicial) do devedor sujeito às normas do direito empresário, cuja base inicial teórica do direito de empresa encontra suas premissas básicas no livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002.

Dentre tantos elementos inaugurados pela Nova Lei de Falências, são por demais relevantes os dois grandes institutos da recuperação

judicial e extrajudicial de empresas³. Tais institutos vieram substituir o mecanismo de concordata, presente anteriormente à Lei 11.101, e ao substituir, conseguiram estabelecer sob o aspecto econômico um sistema de insolvências com soluções mais possíveis, céleres e eficazes.

A própria lei determina, ao falar sobre a recuperação judicial em seu artigo 47, que a recuperação tem como objetivo:

[...] viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Em outros termos, não a citada lei conseguiu objetivar a função social da empresa pois permite, antes de declarar a inviabilidade de atividade empresarial com suas nefastas consequências sociais, realizar certas condições de manutenção de toda a atividade. Ora, há de ressaltar que, com esta lei estabelecimentos, sociedades empresárias e atividades afins continuarão cumprindo a sua função social, especificamente concretizada na geração e preservação de empregos, renda, recolhimento de tributos, produção de riquezas e propulsoras de desenvolvimento econômico social.

Conforme sintetiza André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 715), a denominada Lei de Recuperação de Empresas, em seus

³ Em linhas gerais, trata a recuperação judicial a superação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Por estes elementos, fica clara a promoção de questões de forte caráter socioeconômico, como, a preservação de empregos e trabalhos, bem como dos direitos dos trabalhadores, dos interesses dos credores. Por sua vez, a recuperação extrajudicial é a o mecanismo hábil para que, uma vez preenchidos os requisitos legais, venha o devedor propor e negociar com os credores planos de recuperação extrajudicial, tendo também como objetivos os mesmos traçados para a recuperação judicial.

dispositivos, “[...] deixa claro a sua finalidade: permitir a recuperação dos empresários individuais e sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa”.

Entendeu o legislador que mantendo a fonte produtora preservam-se os empregos dos trabalhadores e os interesses dos credores, aqui vistos como interesses imediatos ligados diretamente aos recebíveis e interesses mediatos relacionados com a perenização do fornecimento de produtos ou serviços em contribuição direta do credor para a recuperação e preservação da sociedade empresária.

Equivale dizer, para Almeida (2006, p. 527), que o objetivo da lei é o de permitir a adoção de mecanismos que, pondo em relevo os aspectos inequivocadamente institucionais da empresa viável, busquem sua reorganização e recuperação econômica, com a conseqüente preservação de empregos, sem prejuízo da produção e circulação de riqueza. Para a Lei nº 11.101/2005, empresas viáveis são aquelas que reúnem os requisitos subjetivos e objetivos previstos nos artigos 47 e 48 (recuperação judicial) e 161 (recuperação extrajudicial) e que ainda de acordo com o art. 53 possuam as condições de observar os requisitos do plano de recuperação judicial.

Assim, de modo geral, a regra inspiradora de toda a Lei de Recuperação de Empresas é realizar a função social da empresa seguindo sempre o princípio da preservação da empresa.

Conforme expressa:

O sistema de recuperação de empresas instituído pela nova lei, seguindo a tendência do direito estrangeiro, especialmente do francês e do norte americano nos quais são amplas as possibilidades de recuperação da

empresa em crise, mediante a direta participação e fiscalização dos credores 126, e pautado pelas atuais necessidades econômicas, tem como principal foco exatamente a continuação da atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária em crise. Assim, o próprio texto legal é explícito ao determinar, em seu artigo 47, os objetivos da recuperação judicial como sendo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (CAMINHA, MARINHO, 2013, p. 134).

Ora, a aplicação dos elementos legais, sem dúvida, possibilita atingir, assim, a função socio-solidária da sociedade empresária e o fomento da atividade econômica. Haja vista os grandes avanços obtidos pela nova legislação, que vieram ao encontro desta função solidária. Destaque-se, primeiramente, a própria preservação da empresa que, conforme já expresso, é o principal fundamento da lei ao compreender especifica e objetivamente a função social da empresa, uma vez que ela é fonte geradora de riqueza, emprego e renda⁴.

Ao lado disto, importante frisar outros ganhos que a LRE trouxe, como a recuperação das sociedades e empresários recuperáveis como múnus do Estado, já que este deve dar condições para recuperação da empresa e a ampla proteção aos trabalhadores, uma vez que estes terão preferência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação.

4 “Tatiana Bautzer, na publicação eletrônica da revista EXAME, faz uma avaliação em que: ‘Estima-se que, das cerca de 4000 empresas que pediram recuperação no país desde a entrada em vigor da nova lei, só 1% delas tenha saído do processo recuperadas de fato, segundo dados da consultoria Corporate Consulting. Pouco mais de 10% faliram e o restante continua sob a tutela dos administradores mesmo depois dos dois anos vistos por especialistas como razoável para concluir uma recuperação judicial’”. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42295/10-anos-da-lei-de-falencias-e-recuperacao-de-empresas>. Acesso em: 2 out. 2016.

Por fim, a LRE contempla as micro e pequenas empresas, realidade tão presente na atividade econômica do Brasil, como artigos e procedimentos que centralizam-se na desburocratização a favor da recuperação judicial⁵.

3.2 Elementos fundamentais para compreensão da LRE

Para Santos (2006), verifica-se no processo falimentar um tratamento diferenciado que confere aos contratos em que seja parte o empresário falido. Os contratos recebem tratamento jurídico diferenciado e são afastadas as regras específicas do direito civil, direito do consumidor e direito empresarial. A disposição geral sobre os contratos na falência autoriza a resolução dos bilaterais não cumpridos e dos unilaterais (arts. 117 e 118 da Lei nº 11.101/2005) por decisão do administrador judicial autorizado pelo comitê de credores que poderá exercer o juízo de conveniência e oportunidade quanto ao cumprimento ou a resolução dos contratos bilaterais não cumpridos ou unilaterais.

No entendimento de Coelho (2005, p. 315) é condição para a rescisão que nenhuma das partes tenha dado início, ainda, ao cumprimento das obrigações assumidas, ou seja, unilateral o contrato. Excluem-se do âmbito do preceito, portanto, e da possibilidade de serem rescindidos pela decretação da falência, os contratos que, embora definidos como bilaterais pelo direito obrigacional comum, já tiveram a sua execução iniciada por qualquer uma das partes.

Em suma, a falência do contratante pode provocar a rescisão do contrato em que ambas as partes assumem obrigações se a sua execução ainda não teve início por nenhuma delas e daquele em que somente uma das partes (unilaterais) se obrigou. Se a falida ou o outro contratante já

⁵ Cf. maiores detalhes na análise atenta e fundamentada de Paulo Roberto Arnoldi (ARNOLDI, 2006, p. 79-87).

havia iniciado a execução do contrato bilateral, cumprindo parcial ou totalmente as obrigações contraídas, a falência não poderá importar a rescisão. Entretanto, nos contratos interempresariais, costuma constar do instrumento a expressa previsão de rescisão na hipótese de falência de um ou qualquer dos contratantes. Se as partes pactuaram cláusula de rescisão por falência, esta é válida e eficaz, não podendo os órgãos da falência desrespeitá-la. Assim, o contrato se rescinde não por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo contratual, conclui Coelho (2005, p. 317).

Campinho (2006, p. 352), defende a possibilidade de continuidade das relações de trabalho, mesmo durante o processo falimentar. Melhor explicando, os contratos de trabalho cujo empregador é o falido não se resolvem com a falência, uma vez que somente com a cessação das atividades da sociedade empresária é ocorrerá causa resolutoria desses contratos. Na hipótese de continuidade da relação de trabalho na falência, subsistem ao empregado os direitos advindos da existência do contrato de trabalho (art. 449, CLT) e os créditos dele decorrentes terão prioridade entre os credores concursais até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos (art. 83 da Lei nº 11.101/2005). Também o art. 141 da Lei nº 11.101/2005 preceitua que:

Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo.

[...] II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§2º - Empregados do devedor contratados pelo

arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Para Santos (2006) esse dispositivo otimiza e incentiva a aquisição de toda a estrutura empresarial (recursos materiais e imateriais empregados) para que um outro agente econômico possa explorar é o fim da sucessão empresarial na alienação do estabelecimento para os débitos de qualquer natureza, inclusive os trabalhistas e tributários, tanto na falência como na recuperação judicial. Como afirmado, o vínculo trabalhista entre o adquirente da empresa do falido e os empregados que continuarem trabalhando naquela atividade econômica é novo e as obrigações do antigo empregador não podem ser cobradas do adquirente estimulando os agentes econômicos na aplicação do princípio da busca do pleno emprego, a partir da preservação dos contratos de trabalho bem como do princípio da função social da empresa.

Ressalva-se, segundo Coelho (2005, p. 367), a situação de adquirentes que estejam agindo em nome e por conta de um ou mais sócios da sociedade empresária quebrada. Quer dizer, se quem arrematou a empresa ou ativos da falida tiver alguma ligação com os empreendedores e investidores desta, a sucessão se estabelece. Trata-se de dispositivo destinado a evitar fraudes no manuseio de instituto jurídico de real importância para obtenção dos recursos necessários ao atendimento dos direitos dos credores. Não são beneficiados pela regra de supressão da sucessão, portanto, o sócio da falida (controlador ou não), seu parente, sociedade controladora ou controlada desta ou quem, por qualquer razão, for identificado como agente do falido.

CONCLUSÃO

A atividade empresária possui especial relevância para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas vez que fonte geradora de empregos e de recolhimento de impostos e contribuições sociais, organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Ao desempenhar essa atividade, funciona como mecanismo de inclusão social, de promoção da dignidade da pessoa humana e de inserção no mercado de trabalho de todos aqueles que são aptos a trabalhar e estão dispostos a fazê-lo para encontrar trabalho remunerado competindo ao Estado promover condições macroeconômicas de pleno emprego, mediante a manipulação das políticas fiscal e monetária.

Daí é forçoso afirmar que todo o Direito brasileiro, especialmente sua vertente Civil-Constitucionalista, esperadas empresas não só a responsabilidade social, e sim, *a fortiori*, a responsabilidade solidária. Por ela, a empresa se vê vinculada a dizer e fazer algo referente não só à busca de lucro ou profissionalidade econômica, mas a tudo aquilo que promova o bem comum em relação às pessoas e ao meio ambiente.

Entretanto, Assis (2002, p. 20-21) chama a atenção para o fato de que, o direito ao trabalho remunerado, mesmo quando protegido constitucionalmente, não tem uma contrapartida específica que obrigue que ele seja satisfeito pelo setor privado ou pelo setor público empregador. Ele se traduz, analiticamente, como direito coletivo a uma política pública de promoção ao pleno emprego. Certamente, só o Estado dispõe de instrumentos de política econômica para criar condições favoráveis ao pleno emprego no mercado de trabalho. São políticas do lado da oferta (treinamento e reciclagem de mão-de-obra) e, principalmente, do lado da demanda (gastos e déficit fiscal para financiar os investimentos públicos,

redução da taxa de juros, redução da carga tributária, obras públicas, subsídios e incentivos a investimentos privados, oferta de empregos públicos, reforma agrária).

O princípio da busca do pleno emprego, como um princípio regulador da ordem econômica para Santos (2006), encontra amparo e lança seus fundamentos para sua interpretação e aplicação na Lei nº 11.101/2005 que reconhece a importância social da empresa, ao proporcionar a sua recuperação tanto judicial como extrajudicial. O princípio utilizado como critério para a utilização do procedimento de falência ou recuperação judicial é a viabilidade e preservação da empresa. Dessa forma, tem por objetivo viabilizar a superação da crise do empresário, permitindo a manutenção da sociedade empresária, dos empregos e dos interesses dos credores, tem por objetivo preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens e ativos.

Daí por que para Fazzio Júnior (2005, p. 35), basta a presunção de insolvência da sociedade empresária para justificar a busca de uma solução jurisdicional. O interesse de agir nos processos regidos pela lei falimentar e de recuperação das empresas habita na necessidade de um provimento judiciário apto a dirimir não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas também toda sorte de relações decorrente, de modo a preservar, se possível, a unidade econômica produtiva.

Nesse contexto, a Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a Lei de Recuperação de Empresas (LRE), foi um marco na evolução do direito brasileiro. Por ela, há de preservar as empresas e toda a função sócio-solidária que dela decorre. De fato, é central a preocupação da Lei em relação à preservação da empresa e da circulação de seus bens e serviços, especialmente na oferta e manutenção de empregos e força econômica ativa dos cidadãos.

As tensões econômico-financeiras, bem como os desafios sociais em tempos de globalização vêm exigindo por demais das atividades empresárias, bem como as tornaram suscetíveis às mais diversas crises, especialmente às que problematizam a saúde financeira de suas atividades empresariais. Em razão de novas hipóteses e variáveis, a LRE se torna tão importante nos dias atuais.

De fato, por esta legislação, a falência ou a liquidação da empresa se tornam muito mais difíceis, e, desta feita, há de se possibilitar mecanismos que evitem a tragédia social que o fechamento ou extinção de uma atividade empresarial pode causar. Assim, os elementos da LRE, especialmente, aquilo que se entende como principal fundamento da lei – a Preservação da empresa – leva em conta a função solidária da atividade empresarial. Afinal, esta é fonte geradora de riqueza, emprego e renda, meios fundamentais para realizar o princípio do pleno emprego e todos os outros princípios socioeconômicos garantidos pela Constituição Federal.

Assim, é possível reler o texto legal à luz dos princípios do pleno emprego e da função solidária. Ao propor uma intervenção estrutural na atividade empresarial, de modo a mantê-la produtiva, procura o legislador salientar a importância das atividades empresariais para a manutenção e poderio econômicos de todos os cidadãos, de outras empresas e do próprio estado, além, evidentemente, da preservação e desenvolvimento da própria atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e de recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL, Luiz Fernando de Carmo Prudente. **A função social da**

empresa no direito constitucional econômico brasileiro. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: êxitos e preocupações quanto à solução da crise econômica financeira. **Jornadas de Derecho Comercial**, 2006, p. 79-87.

ASSIS, José Carlos de. **A quarta via:** a promoção do pleno emprego como imperativo da cidadania ampliada. São Paulo: Textonovo, 2000.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito:** fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

AZEVEDO, Marcelo Cândido de. O Princípio da Função Social e o Direito de Empresa: algumas considerações. In: **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 8(15): 35-57, jul./dez. 2008. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/454/131>. Acesso em 13 de setembro de 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BREVIDELLI, Sheilla Regina. **A função social da empresa:** alargamento das fronteiras éticas nas relações de trabalho. São Paulo: USP, 2000.

CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sara Morganna Matos. A novação na recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto

de direito civil ao direito falimentar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 1, p. 135-150, jan./abr. 2013.

CAMPELO, Gaigher Bosio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Coord.). **Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo: FEPODI, 2015

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1977.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005a. v. 2.

_____. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005b.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. **Função social no direito privado e Constituição**. In: **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado social**. Granada: Comares, 2002.

NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. **A atividade empresarial no Brasil e a ordem econômica na Constituição Federal de 1988: a necessária harmonia para a promoção do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais** [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: Unicuritiba, 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2013.

REALE, M. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Roseli Rêgo. **O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na Lei de Falências e Recuperação**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf> nov.

2006. Acesso em: 05mai. 2014. Anais do COMPEDI, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra. H D. F. N. Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs) **Direito e Desenvolvimento**. Brasília: IPEA, 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In: **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

Como citar: BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. O princípio do pleno emprego: a função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.212-244, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p212. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 13/07/2016

Aprovado em: 30/01/2017

A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO: LIBERALISMO E REPUBLICANISMO

OVERCOMING THE CLASSIC PARADIGM OF LEGAL TRANSACTIONS: LIBERALISM AND REPUBLICANISM

Marcos Antônio Striquer Soares*
Renata Capriolli Zocatelli Queiroz Passi**

Como citar: SOARES, Marcos Antônio Striquer; PASSI, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz. A superação do paradigma clássico do negócio jurídico: liberalismo e republicanismo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.245-268, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p245. ISSN: 2178-8189.

* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: marcosstriquer@uol.com.br.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhuera (UNIDERP). E-mail: renatazqueiroz@gmail.com.

Resumo: Tenta-se resolver em qual modelo de liberdade, republicana ou liberal, o direito contratual brasileiro se baseia. Utilizou-se o método de revisão literária, pautado na construção teórico-científica fazendo um recorte no modelo filosófico da liberdade e no direito contratual pátrio. Para melhor compreensão, o artigo trabalha com a superação do paradigma do negócio jurídico clássico pelo moderno. No terceiro capítulo o artigo analisa cada paradigma fazendo uma ligação da concepção clássica e moderna com a liberal e republicana de

liberdade. Assim, ficou evidenciado que o direito contratual do ordenamento jurídico brasileiro possuía como fundamento no paradigma clássico uma visão liberal de liberdade, porém com a superação do paradigma clássico pelo moderno percebe-se que é possível justificar a tutela dos direitos estatuídos pela Constituição Federal e absorvidos pelo direito civil brasileiro na perspectiva liberal tanto quanto na republicana, conforme demonstrado no trabalho.

Palavras-chave: Liberdade. Direito contratual brasileiro. Liberalismo. Republicanismo.

Abstract: This study analyzes Brazilian Contractual Law and the underpinnings of freedom – a characteristic of contracts. Furthermore, this paper fully utilizes the literature review method, focusing on the theoretical-scientific construction and the philosophical model of freedom in Brazilian Contractual Law. Likewise, to understand comprehensively this theme, this research paper employs the modern paradigm of legal transactions over the classical one. Nonetheless, this study explores both paradigms, linking them to the liberal and republican notions of liberty. Finally, this paper notes that the foundation of Brazilian Contractual Law is the classical paradigm – previously mentioned as the liberal perception of freedom. However, with the modern paradigm overtaking the old, the Brazilian Constitution gives rise to the protection of individual, social, and collective

rights, which are incremented into the Brazilian Civil Code; therefore, this paper demonstrates that simultaneously there are these two notions with different views and ideals.

Keywords: Freedom. Brazilian contractual law. Liberalism. Republicanism.

INTRODUÇÃO

O negócio jurídico é tema de fundamental relevância no estudo do direito e do ordenamento jurídico, pois, é através das regras pertinentes à sua formação que se concretizam os contratos da sociedade.

Como os negócios se fazem pela manifestação de vontade, isto é, pelo exercício da liberdade e como o modelo de liberdade, base dessa sociedade, influencia diretamente na formação e estrutura do negócio jurídico, no presente trabalho estudaram-se essas questões e seu relacionamento com o direito contratual do ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo trabalhou-se o conceito de liberdade segundo os modernos em confronto com a concepção liberal e republicana, a fim de esclarecer as questões concernentes ao conceito liberal e republicano do exercício da liberdade.

No segundo capítulo, o trabalho demonstrou a evolução do paradigma clássico do negócio jurídico, fundamentado no patrimonialismo e na individualidade. Demonstrou a evolução do paradigma clássico para o moderno no qual, não obstante, o cunho patrimonial ter sido mantido houve a constitucionalização do direito civil, ou seja, o exercício da liberdade ficou nesse momento balizado por direitos sociais.

Superada a questão do paradigma do negócio jurídico, no terceiro capítulo versou sobre a da superação do paradigma clássico e sobre a visão liberal a respeito da liberdade. Demonstrando, ainda, através das fundamentações apresentadas, as possíveis justificativas em virtude das quais se torna possível analisar o paradigma moderno de liberdade sob a ótica tanto do liberalismo, quanto do republicanismo. Conjuga, a seguir, o que trata neste capítulo com o tratado no primeiro

capítulo, demonstrando que a tutela do negócio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, pode ser justificada com base em ambas as concepções de liberdade.

1 CONCEITO DE LIBERDADE E A CONCEPÇÃO LIBERAL E REPUBLICANA

O conceito de liberdade modificou-se ao longo do tempo. Como consequência da evolução do modo de viver em sociedade. Os povos antigos devido a sua organização, cultivavam um tipo de liberdade diverso deste que o atual sistema político-social propõe a humanidade:

Aquela consistia em exercer coletiva, mas diariamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusa-los de delitos, em condená-los ou absolve-los; mas, ao mesmo tempo em que consistia nisso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo (CONSTANT, 1985, p. 11).

Graças ao exposto, é possível perceber que o conceito de liberdade dos antigos não tem qualquer semelhança com o conceito de liberdade dos modernos. Para melhor mostrar a entre ambos os conceitos de liberdade, o texto que segue demonstra quão diferente ela é do texto supracitado, em relação ao conceito de liberdade:

É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até abusar dela; de ir e vir, sem necessidade de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos (CONSTANT, 1985, p. 10).

Ao comparar ambos os conceitos convém ressaltar a soberania do povo antigo em lidar com as questões públicas e a sua limitação no que tange aos assuntos privados. Assim: “Os objetivos dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Pois, os antigos quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos” (CONSTANT, 1985, p. 15).

Em contrapartida, “[...] a independência individual é a primeira das necessidades modernas” (CONSTANT, 1985, p. 19). Dessa forma, percebe-se a necessidade da atual sociedade em querer desfrutar de seus direitos como deseja, sem interferência das autoridades, bem como da religião (CONSTANT, 1985, p. 21).

Diante dessa constatação, justifica-se o estudo da noção negativa de liberdade, a qual reflete a postura de muitas sociedades dos tempos hodiernos.

A concepção liberal negativa de liberdade foi representada, no início, como um direito racional da natureza humana que, aplicado às ações humanas, se define como a ausência de impedimentos externos que

impossibilitariam ao indivíduo agir conforme deseja (RAMOS, 2007, p. 305). De acordo com a concepção liberal, assim se define o conceito de ser livre:

Ser livre significa não sofrer a interferência de outrem e fazer tudo aquilo que as leis permitem. Esta liberdade pressupõe um espaço de não ingerência, de ausência de impedimentos ou de obstáculos (por isso ela é chamada de negativa) para o exercício de ações que os indivíduos deliberadamente desejam realizar. No sentido positivo, a liberdade é compreendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo por meio da autonomia da vontade (RAMOS, 2007, p. 305).

No que se refere à concepção liberal, é possível perceber o aspecto negativo de liberdade. A liberdade negativa, segundo a visão liberal e no sentido político, é de acordo com Isaiah Berlin (2002, p. 229) o espaço que o homem possui para agir sem ser obstruído por outros.

O critério da opressão é o papel que acredito estar sendo desempenhado por outros seres humanos direta ou indiretamente, com ou sem intenção, para frustrar meus desejos. Ser livre, nesse sentido, para mim significa não sofrer a interferência dos outros. Quanto maior a área de não-interferência, mais ampla minha liberdade (BERLIM, 2002, p. 229).

Cesar Augusto Ramos dá explicações sobre a característica “negativa” atribuída a liberdade: “Ela é negativa porque limita a atuação dos indivíduos a uma esfera de ação que a lei permite, e cuja obediência requer o poder coercitivo (legítimo) do Estado para garantir o respeito recíproco dos agentes à liberdade” (RAMOS, 2007, p. 309).

Percebe-se que o Estado, de acordo com o aspecto negativo da concepção liberal de liberdade, passa a ter o papel de impedir a invasão de direitos pelas ingerências dos cidadãos, e, também do próprio Estado:

Com o objetivo de garantir estes objetivos, a filosofia política do liberalismo acaba adotando um paradigma jurídico que estabelece procedimentos equitativos e imparciais na constituição e na defesa daquilo que é adequado (justo) para a sociedade. A lei pública constitui o meio mais adequado para assegurar a liberdade individual, o pluralismo ético, político e religioso, a diversidade das formas de vida, e a livre gestão privada dos interesses econômicos. O único “bem” possível que pode ser partilhado por todos é o direito (RAMOS, 2007, p. 309).

A concepção liberal de liberdade faculta ao indivíduo a liberdade necessária para agir de acordo com seu interesse, para realizar suas escolhas da forma que convém, como um ser racional que age, tem vontade e pensa. Além disso, é não só responsável pelas suas escolhas, mas também capaz de explica-las a partir de suas ideias e propósitos (BERLIM, 2002, p. 237).

Diferente da visão liberal, os republicanos possuem outra compreensão de liberdade. Para estes, liberdade é “[...] ausência objetiva de domínio ou dependência, para que ela possa ser também um direito subjetivo ancorado na autonomia da vontade” (RAMOS, 2007, p. 313). Neste sentido Cesar Augusto Ramos (2007, p. 312) explica:

A concepção republicana de liberdade afirmar, portanto, que a verdadeira liberdade política não se restringe apenas à presença da não-dominação (ou da sua possibilidade) que cria no sujeito uma relação de dependência pessoal em relação à vontade de outro

(s) indivíduo (s) ou instituições, mas deve haver também a ausência de interferência ou impedimentos de indivíduos ou instituições, naqueles atos em que os sujeitos desejam realizar e estão aptos para isso.

Assim, é possível concluir que, de acordo com a concepção republicana de liberdade o indivíduo passa a ser livre na medida em que não é dependente em dois aspectos, a saber: na ausência de interferência e na não dominação (RAMOS, 2007, p. 312).

Feitas essas considerações sobre o conceito liberal de liberdade, é válido ressaltar que a liberdade está diretamente atrelada à vontade, ou seja, o ser humano age na medida em que possui vontade e liberdade para agir.

Segundo Francisco do Amaral (2003, 216), a vontade aparece como um motor, que direciona e impulsiona o movimento em todos os reinos das faculdades dos seres humanos. Para o autor, conceitua-se liberdade conforme a possibilidade de manifestação da vontade:

A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade, que, sendo conceito plurívoco, extremamente complexo, compreende várias espécies, como a liberdade natural, a social ou a política, a pessoal e a jurídica, que é a que nos interessa (AMARAL, 2003, p. 215).

No âmbito do direito privado, a de liberdade que o agente possui para atuar chama-se autonomia, e traduz-se no direito de reger-se pelas próprias leis (AMARAL, 2003, p. 215). Como a autonomia guarda íntima relação com o negócio jurídico - pois é através do exercício da autonomia que o negócio jurídico se concretiza, e o exercício da autonomia, no

âmbito do direito privado, se transforma ao longo do tempo- sendo então oportuno o estudo dessa evolução, o que se fará no capítulo a seguir.

2 A EVOLUÇÃO DO PARAGIDMA DO NEGÓCIO JURÍDICO – DO CLÁSSICO AO MODERNO

Os fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos que implicam o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas. “Fatos jurídicos são, portanto aqueles factos a que o direito atribuiu relevância jurídica no sentido de mudar às situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que corresponde nova situação jurídica” (BETTI, 1969, p. 20). Podem ocorrer sem qualquer participação humana, são denominados fatos jurídicos em sentido estrito; são ordinários os fatos jurídicos, em sentido estrito como o nascimento, a morte, o decurso de tempo, e extraordinários os casos fortuitos ou os que ocorrem por força maior.

Quando há manifestação de vontade humana, classifica-se o fato jurídico como ato jurídico: são atos jurídicos em sentido estrito, aqueles cujos efeitos a serem produzidos já estão previstos na lei, como, por exemplo, o casamento, o reconhecimento de filho, entre outros.

Quando há declaração de vontade humana destinada a produzir determinado efeito, este denomina-se negócio jurídico, e é ele o instrumento da autonomia privada, e é “[...] constituído, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente em espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares se tornam, desse modo, nessas condições, legisladores sobre os seus próprios interesses” (AMARAL, 2003, p. 347). “Por negócio jurídico entende-se como declaração de vontade privada

destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece [...]” (AMARAL, 2003, p. 371), sendo, por conseguinte importante a manifestação da vontade do indivíduo.

Ao adentrar-se nos estudos dos paradigmas do negócio jurídico do ordenamento jurídico brasileiro, quando da observância do paradigma clássico, vê-se que a manifestação da vontade se dava através do exercício da autonomia da vontade, cuja base era fundada na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, como fruto da revolução burguesa e garantia ao homem o livre e pleno exercício de suas vontades, sendo esse exercício respeitado pelo Estado.

Afirma Emílio Betti (1969, p. 99): “[...] na autonomia privada criadora de relações jurídicas, a ordem jurídica limita-se a reconhecer aos indivíduos o poder de criar fatiespécies capazes de gerar vínculos entre eles”.

No Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição Federal, iniciou-se o processo de superação do paradigma clássico, pois se passou a interpretar o direito civil à luz do direito constitucional. Houve, portanto a constitucionalização do direito civil, que proporcionou a superação do paradigma clássico pelo paradigma moderno. Sobre o assunto, Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 43) explica:

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil-constitucional, isto é, um direito civil interpretado e aplicado à luz dos valores constitucionais, reconhecido nos meios acadêmicos e também pelos Tribunais. Na metodologia da interpretação do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito

privado. Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não pode ou não deve mais ser dissociada.

Dessa forma o conceito tido no paradigma moderno, passa a ser de autonomia privada, que consiste na faculdade que o indivíduo tem de regular, pelo exercício de sua vontade, as relações que ele cultiva. Possui como fundamento a liberdade, que lhe permite praticar ou não ato, desde que não seja proibido por lei. Francisco Amaral (2003, p. 352) ensina:

É o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações no direito privado, são os particulares os melhores, a saber, de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente.

A partir daí aparece, no direito, o conceito de função entendido como o papel que a norma desempenha no ordenamento jurídico:

A referência à função social ou econômico-social, de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e seu instrumento de realização, o negócio jurídico, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, a antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista, considerando não mais como a figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem

mais justa na sociedade (AMARAL, 2003, p. 366).

A efetivação da autonomia privada requer o interesse do particular e da sociedade em ver eficácia nas normas e nos institutos não só no que se refere ao controle ou disciplina social, mas também na direção e organização de uma sociedade.

A partir daí, e em havendo a existência da função econômica social, que se manifesta na preocupação com a eficácia social do instituto, no caso da autonomia privada deve-se reconhecer que a livre circulação de bens e a prestação de serviços condicionam-se à utilidade social, que visa uma ordem social mais justa, tornando-se possível o desenvolvimento de um Estado moderno. A função social é:

[...] de um princípio geral, um verdadeiro standard jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não lhe colide nem torna ineficaz os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social. E é precisamente o contrato, instrumento da autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria [...] (AMARAL, 2003, p. 368).

Percebe-se então que a função econômica social dos institutos jurídicos limita o exercício da autonomia privada da seguinte forma, a saber, ela deve prezar pela ordem pública e pelos bons costumes, levando em conta especialmente a utilidade que possa advir com a consecução dos interesses gerais da comunidade, tendo como objetivo o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. Sob essa perspectiva é possível afirmar que o direito se preocupa em exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses nos diversos setores da sociedade.

Diante do exposto, ao longo das transformações vividas pela sociedade, e conveniente se torna realizar uma análise sobre a evolução dos paradigmas do negócio jurídico ao longo do tempo em face das justificativas baseadas nas concepções liberais e republicanas do modelo de ordenamento jurídico adotado pelo país, que será objeto de estudo do capítulo a seguir.

3 A SUPERACÃO DO PARADIGMA CLÁSSICO AO MODERNO: LIBERALISMO X REPUBLICANISMO

Quanto à evolução do paradigma do negócio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro constata-se que é necessário, em vista da transformação da sociedade, reler os institutos jurídicos de acordo com o modo de vida da sociedade em cada momento de sua história.

Tais transformações são frutos da postura humana em face da liberdade que o indivíduo possui para agir, sendo ela um atributo indispensável à configuração do próprio modo de ser do ser humano, conforme leciona Sergio Alves Gomes (2011, p. 208):

Em sendo a liberdade um atributo indispensável à configuração do próprio modo de ser humano em sua plenitude, a convivência em sociedade requer o convívio das múltiplas liberdades. Para que isso seja possível, é necessário limites que possibilitem a todos e a cada um o exercício da liberdade de forma responsável.

Por isso, é possível afirmar levando em conta o modo como o homem se posiciona perante à vida, que sua liberdade de escolha e a forma como a fundamenta, refletem diretamente no direito que tutela a

sociedade na qual ele vive. Para demonstrar essa afirmação, passa-se à análise dos paradigmas do negócio jurídico, acima referidos, relacionados com os modelos liberal e republicano de liberdade, avaliando-se, desse modo, as interpretações possíveis para esses paradigmas.

3.1 A autonomia privada diante do liberalismo e da república

No paradigma clássico do negócio jurídico, via-se como importante a tradição patrimonialista, proclamada pelo Código Civil de 1916, no qual predominava a visão individual do direito dando-se, inclusive, força obrigatória aos pactos firmados.

Com a superação desse paradigma, a moderna dogmática civilista, conquanto tenham mantido, na essência, as relações patrimoniais, passa a fundamentar-se nos princípios estatuídos na Constituição Federal, os quais o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Percebe-se, portanto, uma nova perspectiva do direito, a qual deixa de lado o privilégio da individualidade e passa a ter, como novo foco, a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana. Neste sentido Maria Celina Bodin de Moraes (1991, p. 4) expõe:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

Sendo assim, no concernente ao formato de exercício da liberdade do paradigma moderno, que deve ser praticado de acordo com os limites estabelecidos em lei, convém afirmar que ele pode ser justificado tanto pela concepção liberal quanto pela concepção republicana.

Ao analisar-se o paradigma moderno do negócio jurídico sob a visão liberal de liberdade, vê-se que a proteção dada ao indivíduo pela Constituição Federal encontra fundamento na concepção negativa de liberdade, pois o conjunto dos direitos tutelados pela Constituição Federal protege o cidadão contra a interferência indevida de outrem ou do Estado, conforme Cesar Augusto Ramos (2007, p. 308) explica:

São liberdades que, definidas por direitos e deveres constitucionais, formam um conjunto articulado de meios e possibilidades legalmente protegidos que permitem aos cidadãos o direito de agir como desejam e impedem interferências indevidas dos outros ou do Estado.

Segundo esta visão, cumpre atentar para a Teoria de Justiça defendida por John Rawls, um liberal, a qual possui como fundamento o princípio da diferença:

O princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza, não importa quem sejam, só devem usufruir de sua boa sorte de maneiras que melhorem a situação dos menos favorecidos. Aqueles que se encontram naturalmente em posição vantajosa não devem ser beneficiados simplesmente por ser

mais dotados, mas apenas para cobrir os custos com treinamento e educação e usar seus dotes de modo a ajudar também os menos afortunados. [...] A estrutura básica da sociedade pode ser elaborada de forma que essas contingências [maior capacidade natural de alguém] trabalhem para o bem dos menos afortunados (RAWLS, 1971 *apud* SANDEL 2012, p. 194).

Michael Sandel (2012, p. 179) explica que um dos princípios norteadores da Teoria da Justiça de John Rawls “[...] refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade”. Assim, é possível dizer, com base em John Rawls, que a concessão dos direitos abarcados pela Constituição Federal, os quais foram impressos no direito civil brasileiro com a superação do paradigma clássico do negócio jurídico pelo moderno, pode ser efetivada conforme a perspectiva liberal, pois, dessa forma a tutela dos direitos passou a trabalhar a igualdade no limite da desigualdade, fazendo com que os menos afortunados recebam benefícios. Mas esses benefícios recebidos são destinados a indivíduos, para que cada um possa ter uma vida melhor, elas não são destinadas à um todo.

Compreendida a justificativa liberal do paradigma moderno do negócio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, convém estudar a fundamentação republicana destinada à proteção de determinados direitos tutelados pela Constituição Federal. Para melhor compreender a justificativa republicana é imprescindível entender que o sentido republicano de liberdade é político. Sobre o tema Cesar Augusto Ramos (2007, p. 316) explica:

O sentido republicano de liberdade é político, deduzido não da ideia tradicional de que a liberdade deve ser vista como autonomia de uma vontade auto-referente ou constituída a partir do vazio de atos de ingerência, mas como poder que o indivíduo tem de auto-afirmação na sua capacidade de resistência à dominação e ao perigo do domínio. Isso é possível, sobretudo, pelo fato dele ser considerado como pessoa e cidadão – na qualidade de membro de uma comunidade.

Confirmando-o, Cesar Augusto Ramos (2007, p. 315) afirma: “[...] constitui um pressuposto decisivo para o desenvolvimento afirmativo da teoria republicana da liberdade a incorporação do princípio aristotélico de que o homem é um animal *naturale sociale e politicum*”. Ou seja, visto possuir, como essência, o ser social e político, o homem será livre na medida em que exercitar sua capacidade social e política.

Diante disso, é necessário se compreenda o propósito da política, a qual, segundo Aristóteles, não se destina a criar uma estrutura de direitos neutra em relação às finalidades, mas sim a formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter:

Qualquer pólis que mereça ser assim chamada deve dedicar-se ao propósito de promover a bondade. Caso contrário, uma associação política recluir-se-á a uma mera aliança [...]. Caso contrário também, a lei será transformada em um mero pacto [...] uma garantia dos direitos dos homens contra seus semelhantes em vez de ser, como deveria, uma regra da vida para tornar seus membros bons e justos (ARISTÓTELES, 1280 *apud* SANDEL 2012, p. 240).

Quanto ao exercício da liberdade republicana, ele é possível

somente na existência dos indivíduos em sociedade sendo suas relações institucionalizadas de maneira que tornam possível sua coexistência sem interferências:

Assim, a própria liberdade, embora individual, está atrelada à presença constitutiva e positiva do outro numa relação de reciprocidade. Ser livre significa estar protegido pela lei numa forma de vida social, na qual o reconhecimento da liberdade é possível porque todos pertencem a uma sociedade que tem como valor social a proteção das ações dos sujeitos, e que reconhecem a legitimidade destas ações e se abstêm de interferências (RAMOS, 2007, p. 317).

Por conseguinte, o republicanismo pensa a liberdade entendendo-a como liberdade de todos indiscriminadamente. Tal conceito de liberdade política implica o reconhecimento de outro conceito a ele conexo, o da igualdade:

O republicanismo não define a liberdade como um atributo humano produzido pela natureza, mas como uma forma de ação propiciada pelas instituições políticas, pelas quais a garantia contra a interferência dos outros se torna possível. A eficácia da liberdade é produzida por um sistema social e político republicano igualitário que garante leis impeditivas à ação abusiva do poder político, social ou econômico (RAMOS, 2007, p. 317).

Portanto, é possível perceber, que a concepção republicana enxerga, nas leis criadas pelos cidadãos através da política, a garantia da liberdade compreendida conforme já elucidado, que a liberdade, no sentido republicano de liberdade é política:

Em terceiro lugar, a liberdade política do republicanismo implica, também, a ação de criar uma ordem ética e cívica que instaurando a igualdade e a submissão de todos à lei, torna-se instrumento de proteção de todos contra o infortúnio da servidão. Uma característica essencial do autogoverno, possível nas repúblicas como forma de poder político sob o qual uma comunidade pode obter grandeza e garantir aos seus cidadãos suas liberdades individuais (RAMOS, 2007, p. 319).

Ainda, sob o ponto de vista republicano dos, é possível justificar o fundamento do paradigma moderno com base na Teoria da Justiça do autor Michael Sandel (2012, p. 321), visto que esta teoria sustenta a ideia de que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum.

Conforme exposto no segundo capítulo, ao paradigma moderno do negócio jurídico foram incorporados os direitos sociais introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição Federal. Michael Sandel (2012) afirma que uma sociedade justa deve preocupar-se com o todo. Veja-se o que ele diz:

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos “hábitos do coração” que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica (SANDEL, 2012, p. 325).

Na república, a pretensão é satisfazer o bem comum de todos

os membros da comunidade. Diferentemente da posição liberal, que redistribui benefícios para que sujeitos menos favorecidos possam satisfazer interesses pessoais.

Contraopondo-se à justificativa liberal de John Rawls, acima referida, no que tange à redistribuição de rendas, Michael Sandel diz que a desigualdade corrói a virtude cívica, o que os liberais, preocupados com essa redistribuição, ignoram essa perda.

Para o autor, uma vez que os locais públicos, como escolas públicas, parques pátios, deixam de ser locais onde diferentes classes econômicas se encontram - o que ele define como esvaziamento - tal situação implica diretamente na dificuldade de cultivar o hábito da solidariedade e da boa convivência dos quais depende a cidadania democrática (SANDEL, 2012, p. 328). Assim, a Teoria da Justiça defendida por Michael Sandel (2012) expõe:

Uma política do bem comum teria como um dos seus principais objetivos a reconstrução da infraestrutura da vida cívica. Em vez de voltar para a redistribuição de renda no intuito de ampliar o acesso ao consumo privado, ela cobraria impostos aos mais ricos para reconstruir as instituições e os serviços públicos, para que ricos e pobres pudesse usufruir deles igualmente (SANDEL, 2012, p. 329).

Portanto, a ideia de república propõe a reconstrução de instituições e serviços públicos para que todos tenham espaços onde possam sentir-se iguais; propõe a utilização de meios que permitam satisfazer a virtude cívica, afastando as noções e práticas de vida puramente egoísta.

Liberais e republicanos apresentam, assim, modos de vida

totalmente diferentes, como resultado da interpretação e da aplicação da autonomia privada. Os liberais, embora até falem em reduzir desigualdades, acabam demonstrando um modelo de sociedade na qual o Estado transfere recursos a indivíduos deixando-os servir como bem entendam, até mesmo egoistamente. Para os republicanos, os benefícios distribuídos pelo Estado destinam-se ao bem comum, ao bem de todos, para a construção de uma sociedade melhor, o que é muito diferente de destiná-los a indivíduos e deixar que eles os usem ao seu bel prazer. No primeiro caso, os bens distribuídos são entregues aos indivíduos; no segundo, para a sociedade como um todo. A aplicação das normas de defesa do consumidor, por exemplo, pode tornar-se uma guerra entre consumidor e produtor, sob o ponto de vista liberal, pois cada indivíduo deseja o seu sucesso, prometido pelo Estado; sob o ponto de vista republicano, é preciso buscar o bem comum, o bem de todos, numa relação de reciprocidade; produtores e consumidores devem solucionar o conflito de modo a aperfeiçoar a comunidade, buscando maior igualdade entre si.

Cercear a autonomia privada em benefício de outrem não significa proporcionar melhoria e progresso humano. Tirar de alguém para entregar a outrem um bem de vida pode ser apenas transferir de bens de vida, para que aquele que recebe possa buscar a sua felicidade, como bem entende; outra coisa é transferir bens de vida a aperfeiçoar as instituições e construir práticas sociais voltadas para todos os membros da comunidade. O paradigma moderno de negócio jurídico, pode ser justificado por ambas as concepções, a liberal e a republicana, dependendo única e exclusivamente, do fundamento que sustenta o atual modelo de negócio jurídico.

CONCLUSÃO

Com o exposto pretendeu-se refletir sobre questões mais profundas do que a simples positivação das normas que regem o direito contratual de uma coletividade.

Buscou-se demonstrar, através do estudo da evolução do paradigma do negócio jurídico e do estudo da concepção liberal e republicana de liberdade, o quão importante é a compreensão do modelo de liberdade que a sociedade adota e a direta relação que isso guarda com a positivação e concretização dos negócios de um povo.

Graças aos estudos e análise da evolução do direito contratual no ordenamento jurídico brasileiro foi possível constatar que a sociedade brasileira, anteriormente à evolução do paradigma clássico para o moderno, possuía traços de um povo que exercia a liberdade de acordo com a concepção liberal.

Ou seja, o povo caracterizava-se por não se sujeitar à interferências do Estado nas questões que cabiam ao indivíduo; entende-se isso como exercício do sentido liberal de liberdade. Com a superação do paradigma clássico pelo moderno, foi possível de justificar a incorporação dos direitos constitucionais ao direito civil brasileiro, tanto sob a perspectiva liberal, interpretada como a autonomia privada em benefício de indivíduos, quanto pela visão republicana, interpretada como a autonomia privada em benefício da sociedade como um todo. Uma sociedade justa requer uma preocupação com o todo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora L.D.A, 1969.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e outros. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. I, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral do direito civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. **Crítica: Revista de Filosofia**. Londrina, v.10, n. 32, p. 229-264, out./2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Como citar: SOARES, Marcos Antônio Striquer; PASSI, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz. A superação do paradigma clássico do negócio jurídico: liberalismo e republicanismo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.245-268, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p245. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 21/01/2017

Aprovado em: 26/03/2017

**A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO
DE UMA GOVERNANÇA GLOBAL DO
*E-COMMERCE***

THE NECESSITY OF DEVELOPING AN
E-COMMERCE GLOBAL GOVERNANCE

Luana da Costa Leão*
Tarcisio Teixeira**

Como citar: LEÃO, Luana da Costa; TEIXEIRA, Tarcisio. A necessidade do desenvolvimento de uma governança global do e-commerce. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.269-297, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p269. ISSN: 2178-8189.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. E-mail: luanaleao.adv@outlook.com.

** Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto de Graduação e Pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: contato@tarcisioteixeira.com.br

Resumo: O artigo tem como proposta a abordagem do processo de globalização como fenômeno que inaugura uma economia em escala mundial e um intercâmbio cultural que inova o diálogo entre os Estados individualmente considerados. Na perspectiva dessa economia mundial, analisa-se a formação de mercados financeiros globais, cujo objetivo é o tráfego de produtos e serviços em nível internacional com o parcelamento do modelo de produção em busca de menores custos sociais e encargos ambientais. Propõe uma reflexão sobre a incapacidade dos Estados de atuarem para o regramento de tais mercados financeiros globais que, em decorrência de sua abrangência

supranacional e poderio econômico-financeiro ditam as regras da economia mundial e subjugam as nações menos favorecidas. Aborda-se ainda o comércio eletrônico como parcela fundamental dessa economia mundial e que, dentro dos mercados financeiros globais, tem o condão de potencializar os conflitos que ignoram os limites territoriais e geográficos. A pesquisa se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo, a partir de revisão doutrinária. Conclui-se que a regulação dos mercados financeiros globais e, especialmente, do comércio eletrônico que já se devolve em escala mundial, exige a construção de um ideal de governança global que se fundamente na cooperação internacional e se desenvolva por meio do compartilhamento de responsabilidades pelos governos soberanos e por instituições internacionais participativas e não estatais.

Palavras-chave: Governança global. Mercados financeiros. Cooperação internacional. Comércio eletrônico.

Abstract: This paper emphasizes globalization as a process that inaugurated an intercontinental economy and promotes extensive cultural exchange that encourages dialogue among countries. Therefore, using this context of a globalized economy, this study delves into the analysis of global financial markets, whose prime objective is to distribute goods and services globally at lower social costs and with little environmental impacts. That said this

study also contemplates the lack of regulation for these global and financial markets – a fault that most countries' made because of their indifference. Nevertheless, these markets do have a supranational reach and economic and financial power; moreover, they can dictate the rules of the world economy and subjugate poorer nations to unfair practices. In addition, e-commerce is a fundamental component of this process and has the potential to enhance conflicts that ignore territorial and geographical boundaries. Finally, this paper concludes that there should be globalized regulation of these interconnected markets and of e-commerce; however, they require the construction of a global governance ideal based on international cooperation, shared responsibilities, and the participation of nongovernmental international entities and organizations. This paper uses the hypothetical-deductive and the literature review methods.

Keywords: Global governance. Financial markets. International cooperation. E-commerce.

INTRODUÇÃO

O artigo propõe a abordagem acerca da necessidade da construção de um ideal de governança global que seja apto a regular os efeitos do processo de globalização, delimitar a atuação dos mercados financeiros internacionais e, especialmente, o comércio eletrônico que se desenvolve a nível mundial.

A globalização potencializou as trocas comerciais entre as nações e produziu um diálogo que vai muito além do econômico, propiciando mesmo um intercâmbio cultural e o compartilhamento de variados estilos de vida, o que se intensificou a partir das revoluções tecnológicas no âmbito da comunicação.

Esse processo conduziu a formação de mercados financeiros internacionais, que se desenvolvem em escala global, mas são concentrados nas mãos de grandes potências econômicas que preservam como meta o desenvolvimento econômico e o tráfego internacional de produtos e serviços.

O modelo econômico global e a desregulação dos mercados financeiros que nele atuam diante de sua autonomia, impõe uma reflexão sobre o compartilhamento de responsabilidades que se referem aos custos sociais e ambientais das novas e parceladas formas de produção em escala mundial.

No âmbito do comércio eletrônico essa expansão global é ainda mais enfática e potencializa o surgimento de conflitos que extrapolam as fronteiras nacionais e que não podem ser contidos por meio de legislações internas em descompasso com os interesses econômicos internacionais, sob pena de carregarem consigo o peso da ineficácia.

Neste contexto, o objetivo do artigo é, de forma sintética, a

discussão acerca da necessidade do desenvolvimento de um ideal de governança global para a regulação dos mercados financeiros no que diz respeito ao comércio eletrônico, a fim de conciliar os interesses econômicos que se desenvolvem autonomamente e as necessidades oriundas dos conflitos supranacionais que exigem uma solução compartilhada em âmbito internacional e cooperada entre entes governamentais e instituições não estatais.

Como aporte teórico a pesquisa será fundamentada na obra doutrinária de José Eduardo Faria; Luigi Ferrajoli e Tarcísio Teixeira, entre outros. A pesquisa se desenvolve sobre o método hipotético-dedutivo.

O primeiro tópico deste artigo será dedicado a demonstração da influência do processo de globalização para a formação dos mercados financeiros internacionais, abordando que modelo econômico e de produção estes adotam e como os Estados individualmente considerados tornam-se inabilitados para a regulação global.

Após, será tratado especificamente do ideal da governança global, com a elucidação de quais são as bases de seu funcionamento e qual a importância dessa discussão para o momento econômico que é compartilhado em escala mundial.

O terceiro tópico é destinado ao comércio eletrônico como setor da economia mundial com crescimento exponencial e como ícone do surgimento dos conflitos supranacionais que exigem regramento muito mais globalizados do que escolhas políticas e legislativas internas, dada a sua característica de flexibilização de limites geográficos e territoriais por meio da utilização da internet.

Além disso, se farão sintéticos apontamentos acerca de iniciativas que constituem os primeiros passos para a discussão de um

sistema de governança global, por já terem se construindo sob base de coparticipação dos Estados.

1 A GLOBALIZAÇÃO, OS MERCADOS FINANCEIROS E A LIMITAÇÃO DOS ESTADOS INDIVIDUAIS

A globalização é um fenômeno que propiciou a interação entre os países de forma global por meio da redução dos custos de transporte e comunicação e da liberalização econômica que incentivou o comércio em nível internacional, criando mercados financeiros globais e empresas transnacionais que superam as barreiras políticas e territoriais da soberania de cada Estado.

A despeito do grande impacto econômico, a globalização também tem o condão de diversificar as concepções culturais de cada país, visto que a interação a nível global propicia um intercâmbio que vai muito além das trocas comerciais, criando novos valores e estilos de vida, mais adaptados com a universalidade do que com as práticas culturais de cada país.

Para Octavio Ianni (1996, p. 190-191) podemos falar em uma aldeia global que conta com a adoção de uma cultura universal. De acordo com André-Jean Arnaud (1999, p. 16) o intercâmbio social, econômico, cultural e demográfico se instalou de tal forma que as análises locais, ou seja, avaliações de política interna, já não podem levar em considerações apenas os processos e identidades locais, sob pena de distanciarem-se da realidade e tornarem ineficazes.

Acerca das implicações da globalização Jürgen Habermas (2001, p. 72) destaca:

Os processos de globalização – que não são apenas de natureza econômica – acostumam-nos mais e mais a uma outra perspectiva, a partir da qual fica cada vez mais evidente a estreiteza dos teatros sociais, o caráter público dos riscos e o enredamento dos destinos coletivos. Enquanto a aceleração e condensação da comunicação e do tráfego fazem com que as distâncias espaciais e temporais se atrofiem, a expansão dos mercados atinge as fronteiras do planeta e com a exploração dos recursos, os limites da natureza.

Nesse contexto, não se pode ignorar o papel da tecnologia dentro do processo de globalização, especialmente, o ciberespaço que reduziu os custos de comunicação e produziu um relacionamento mundial que tem como contornos o comércio internacional e os intercâmbios culturais, relativizando as barreiras especiais e temporais que antes eram empecilhos a uma interação global.

A chamada era da informação dá origem ao surgimento de uma economia digital que tem como características a inovação das formas de transação, destituindo-se um espaço físico de negociação e ampliando os limites geográficos do comércio, além disso, tem como maior consequência a demanda por produtos e serviços estrangeiros.

Ao tratar da dinamicidade do fenômeno da globalização e de suas variadas áreas de incidência, Giovani Olsson e Eduardo Batssera Carvalho Salles (2016, p. 14) explicam:

A hiperconectividade retrata a percepção de que a globalização causou uma compressão no espaço-tempo, uma vez que as distâncias aparentemente encurtaram e o tempo acelerou. Por isso, esse fenômeno não pode ser compreendido de forma

isolada exigindo a junção de assertivas próprias de diversas ciências, como a economia, a sociologia, a psicologia, o direito e a política. Além de sua faceta multidisciplinar, outro grande predicado da globalização é a dificuldade de delimitá-la, porque está em constante mutação e constitui um autêntico processo em marcha.

A economia digital confere espaço a mercados financeiros internacionais que dialogam – e, muitas vezes, duelam com os Estados soberanos – e que possuem poder político e econômico suficiente para pressionar os governos nacionais a recepcionarem suas modalidades de transação a fim de garantir o oferecimento de seus produtos e serviços. É possível verificar que esses mercados financeiros que se desenvolvem a nível global vão funcionar como entidades à paraestatais que tem como objetivo o comércio mundial.

A globalização, no âmbito econômico, é marcada por uma contraposição ao modelo econômico inaugurado após a segunda guerra mundial, em que prevaleciam a intervenção estatal na matéria de regulação de mercados, mediante a utilização de mecanismos de controle, gestão e direção, caracterizando-se pelo modelo de Estado garantidor. Esse Estado garantidor distanciava-se de uma base liberal e tinha como objetivo assegurar patamares mínimo de igualdade com a finalidade de propiciar a concorrência mercadológica (FARIA, 2004, p. 111).

Os mercados financeiros desenvolvidos em nível global são compostos por empresas que operam fora de bases nacionais de mercado e que conseguem produzir e comercializar seus produtos em diversos países. Essa estrutura é produto do processo de globalização que acarretou a diminuição das barreiras geográficas e políticas e se desenvolveu com a

finalidade de ampliar sua atuação negocial em âmbito global garantindo, para tanto, a redução de custos operacionais; a diminuição dos encargos sociais e o aumento das escalas de produção.

Neste contexto, Boaventura de Souza Santos (2002, p. 52) elenca alguns traços principais da economia globalizada:

Os traços principais desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismo transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África.

Os mercados financeiros globais, não são diversificados e as empresas transacionais que ali atuam concentram-se em grandes grupos empresariais que têm o condão de determinar as pautas da economia mundial. Um relatório da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontou que existem 30 milhões de atores do mercado econômico, porém 1.318 empresas são destacadas como decisivamente interligadas entre si na formação de um núcleo que detém 60% da indústria mundial.

Além do controle da economia mundial, a formação desses

mercados financeiros globais por meio de empresas transacionais – que tem como características a divisão internacional do trabalho e o processo de produção parcelado a fim de garantir menores custos com matérias primas, encargos trabalhistas e ônus de impactos sociais – é comum entre essas transacionais que a matriz se estabeleça em determinado país, mas seus setores de produção se dividiam em diversos outros países, cada qual incumbido de uma parcela da fabricação dos produtos.

O ponto central dessa fenomenologia da escala global de produção é que os agentes do mercado financeiro se utilizam de países menos desenvolvidos e com legislação interna menos rígidas para estabelecerem seus setores de produção, sendo que o comércio se dará a nível mundial, porém os encargos da produção serão individualizados.

É justamente esse conflito entre o mercado financeiro global e como os países são individualmente impactados com seus efeitos que exige uma regulação econômica a nível internacional, sob pena de que as legislações estatais individuais sejam menosprezadas diante de um poderio econômico consideravelmente influente, colocando em risco, principalmente, a garantia de direitos fundamentais.

Diante desse contexto, podemos identificar que os Estados individuais não possuem mais condições de lidar com tal impasse de forma solitária, principalmente porque os espaços legislativos e políticos não dão conta de contornar os fatores externos.

Essa limitação, segundo José Eduardo Faria (2009, p. 303-305) decorre dos seguintes problemas: I) uma tendência de homogeneização da legislação financeira e da regulação do mercado financeiro global que não leva em conta a autonomia das operações financeiras que ali se desenvolvem; II) a falta de operabilidade e eficácia dos ordenamentos jurídicos dos Estados diante do dinamismo dos mercados financeiros e

ausência de aptidão dos operadores do Direito para lidar com as novas matérias; e III) o conflito entre a regulação estatal e a autorregulação dos mercados financeiros globais.

Diante deste cenário não é difícil concluir que o Estados e os governos individualmente considerados não estão aptos a lidar com as inovações que os mercados financeiros globais tem apresentado e, ao mesmo tempo, não são capazes de se esquivar das implicações que as operações econômicas de nível mundial acarretam às suas estruturas políticas e sociais.

Nas palavras de José Eduardo Faria (2009, p. 305): “[...] o Estado nacional perdeu parte de sua força como instância de mediação política e regulamentação, parte de seu papel como mecanismo de determinação de rumos coletivos”.

Dessa forma, a harmonia entre os padrões políticos e legislativos internos e as exigências e o poder dos mercados financeiros globais não será atingida por meio de rigidez em legislações nacionais – o que apenas tende a excluir tais Estados do cenário econômico internacional – mas também não pode se desenvolver sobre um campo sem regramento específico que considere as peculiaridades da nova economia global, exigindo-se, portanto, uma cooperação a nível internacional, que envolva tanto os países controladores das empresas transacionais como os países em desenvolvimentos que são integrados às diferentes etapas da produção e que acabam por receptionar os impactos sociais e ambientais da produção, a fim de garantir uma economia sustentável e preservar os direitos fundamentais.

2 O IDEAL DE GOVERNANÇA GLOBAL

Diante das necessidades que surgem a partir da formação de mercados financeiros internacionais, se faz necessária uma reflexão sobre as possibilidades de regulação em nível global que possam conter os abusos econômicos dessas novas formas de produção de riquezas que tem a capacidade de gerar relevantes impactos no âmbito das formas de trabalho, do meio ambiente e dos direitos fundamentais.

A globalização, como vimos, inaugura a necessidade de uma política global para diversos setores da sociedade, principalmente em razão da transferência de poderes e funções públicas para ambientes fora dos limites territoriais estatais, o que determina que o destino de cada país está atrelado menos com sua política interna e mais com as decisões supranacionais que envolvem poderes econômicos globais (FERRAJOLI, 2005, p. 3).

Nesse contexto, pode-se dedicar especial atenção ao conceito de ator internacional que é apresentado por Esther Barbé (1993, p. 117) e que estabelece que o ator internacional é aquele que atua no sistema internacional e que condições de mobilizar recursos para alcançar objetivos determinados e detém influência suficientemente relevante sobre os demais componentes do sistema internacional, o que nos conduz a reconhecer que a coordenação dos mercados financeiros globais encontram-se mais à disposição de atores internacionais do que propriamente dos Estados individualmente considerados.

Sobre o poderio de atores internacionais, especificamente de empresas transnacionais:

O poder das transnacionais relaciona-se com a concentração de recursos econômicos, a capacidade de elidirem marcos regulatórios e a influência de políticas estatais por meio da barganha envolvendo

unidades fabris, empregos e tributos. Essa hipótese constitui o que hodiernamente se chama de descolamento da governança do núcleo do governo, que significa o fato de que a capacidade de determinar políticas públicas deixou de ser exclusiva do governo (OLSSON; SALLES, 2016, p. 21).

É necessário reconhecer que no contexto internacional que se inicia com a globalização inúmeros assuntos superam as legislações estatais individualmente consideradas e conduzem a existência de atividades e condutas desregulamentadas ou, ao menos, não suficientemente abordadas no âmbito do Direito, o que inevitavelmente tem o condão de colocar em risco os mais variados direitos que, a despeito de previstos em tratados e acordos internacionais, não encontram tutela ou garantia efetiva.

Por exemplo, no âmbito da internet e da tecnologia em rede podemos citar a privacidade e a segurança que são direitos reconhecidos na ordem internacional, mas cuja tutela não possui disciplina suficiente para limitar a atuação das empresas de abrangência global que atuam na rede e que podem causar prejuízos aos usuários.

Isso faz parte de uma série de outras temáticas que exigem uma regulamentação externa para que tutelem direitos de forma efetiva, de modo que as produções legislativas em âmbito interno não são dotadas de eficácia para um problema que extrapola os limites nacionais e que exige uma cooperação internacional para o reconhecimento e, principalmente, para a garantia de direitos, especialmente daqueles que possam conflitar com os interesses dos grandes mercados financeiros expansionistas.

Essa efetiva tutela de direitos em nível global exige, também, a existência de instituições internacionais dedicadas à garantia da mediação

de conflitos, à regulação de mercado e a proteção de direitos e bens fundamentais (FERRAJOLI, 2005, p. 8).

Ao abordar essa reflexão sobre a ordem internacional Luigi Ferrajoli (2005, p. 7) destaca que se exige uma nova formulação do conceito de esfera pública:

Repensar a ordem internacional quer dizer dar-se conta da ausência de uma esfera pública internacional à altura dos novos poderes extra e supra-estatais, entendendo-se como “esfera pública” o conjunto das instituições e das funções que estão destinadas à tutela de interesses gerais, como a paz, a segurança e os direitos fundamentais e que formam, portanto, o espaço e o pressuposto tanto da política como da democracia.

Essa deficiência da garantia de direitos fundamentais na ordem internacional já tem denotado inúmeros inconvenientes, bem como, aponta que esse contexto não é suportável, de modo que o efeito futuro e em larga escala pode desembocar no descontrole da violência e na instabilidade das formas de governo, em especial, pelos riscos que acarretam às democracias.

A construção de instituições supranacionais com ampla base geográfica e econômica tem o condão de restaurar as forças da política diante da sociedade empresarial globalizada, no entanto constitui difícil tarefa a concordância de um projeto de ordem econômica mundial, cuja função seria “[...] garantir uma domesticação das consequências sociais secundárias do trânsito comercial globalizado” (HABERMAS, 2001, p. 69-70).

No entanto, uma das grandes problemáticas para a construção

desse projeto global da ordem econômica, baseado na ideia de governança mundial, reside nos interesses divergentes e inconciliáveis entre os países desenvolvidos, que atualmente ocupam uma posição de vantagem nos ditames da ordem econômica e que teriam abrir mão de seus poderes em prol de um projeto participativo, e os países em desenvolvimento que no contexto atual são meros expectadores da política econômica mundial.

Outro ponto crítico acerca do tema se refere à auto-regulamentação que as organizações financeiras e transacionais produzem para conduzir as suas atividades, cujo elemento basilar se concentra na necessidade que as decisões relativas aos processos de produção não sejam individualizadas, mas determinadas a nível global e de forma simultânea por meio de sistemas de organização, manuais de produção, códigos e regulamentos disciplinares e de conduta que são confeccionados de forma padronizada e que possuem alcance mundial (FARIA, 2004, p. 141).

O conceito de governança tem como fundamento a construção e efetivação de padrões de cooperação e de articulação entre atores dos cenários político e social, por meio de integrações institucionais para a coordenação de transações do sistema econômico, contando com hierarquias e associações de diversos tipos (GONÇALVES, 2006, online).

A justificativa para que este trabalho desenvolva a concepção de governança global e não de governo global se consolida em razão de que a proposta para a promoção de um equilíbrio entre os Estados e seus extratos políticos e legislativos e os interesses dos mercados financeiros globais não pode se concretizar apenas por meio de entidades estatais, o que se aproximaria da ideia de um governo mundial, mas exige um cooperação entre instituições da sociedade civis, organismos internacionais não estatais e a própria sociedade, o que amplifica sua atuação e se aproxima da ideia própria de governança, já que contempla

a atuação participativa de vários atores sociais, políticos e econômicos.

Neste contexto, nos deparamos com a inevitabilidade de uma governança global para a garantia de um equilíbrio diante das inúmeras tensões e dos conflitos que emergem de um mercado financeiro mundial. Essa nova postura deverá propiciar aos atores globais a compreensão de que são membros de uma comunidade internacional e que, nesta medida, possuem responsabilidades recíprocas, o que exige a construção de um panorama de cooperação incontornável (HABERMAS, 2001, p. 73).

As empresas transacionais e os mercados financeiros se fundamentam sob o objetivo de distribuição de produtos e serviços de forma global almejando um trânsito comercial que sobrepuje fronteiras territoriais, mas ainda atuam com o parcelamento dos ônus dessa produção em escala global, de modo que os encargos sociais e ambientais dessa nova forma de comércio são suportados individualmente por nações sem poderio financeiro suficiente para evitar essa subjugação.

Dessa forma, a construção de um ideal de governança global teria o condão de neutralizar alguns problemas decorrentes do conflito entre a soberania dos estados individuais e dos interesses das empresas transacionais, que nasce da progressiva invasão de fronteiras territoriais e da autonomia das transações financeiras.

O ideal de uma governança global se baseia em um cenário em que os Estados individualmente considerados não tem menosprezada a sua soberania, mas estão aliados e, nos dizeres de José Eduardo Faria (2009, p. 307): “[...] valoriza um processo de convergência, harmonização e unificação de legislações nacionais em campos específicos”. O mesmo autor sugere, ainda, a criação de uma autoridade mundial com poderes de polícia e de arbitragem supranacionais, porém alerta para um exacerbado idealismo de tal ente regulador global (FARIA, 2009, p. 313).

Neste sentido, a reflexão sobre uma regulação que se desenvolva em nível global e que esteja adaptada para conciliar os interesses dos mercados financeiros internacionais baseados no crescimento econômico com as necessidades sociais e políticas dos Estados nacionais que devem ter seu fundamento na sustentabilidade e na proteção de direitos fundamentais, a fim de proporcionar em nível global um equacionamento entre a autonomia das operações financeiras e o parcelamento dos encargos sociais derivados desse modo de produção, na busca de uma isonomia entre os Estados individualmente considerados, se faz necessária e urgente para o estado de evolução em que os mercados financeiros se encontram e, principalmente, em decorrência dos impactos que provocam e que tendem a afetar todo o planeta.

E com essa meta, o ideal de governança global com interação de governos, instituições não estatais e sociedade civil que tenha como pauta uma regulação supranacional participativa, se apresenta como uma possibilidade para conter as relações de subjugação que se verificam entre os Estados que dominam os grandes mercados e aqueles que se prestam para sediar e custear as etapas de produção.

Alguns instrumentos normativos adotados pela comunidade internacional têm desempenhado uma função positiva sob o aspecto do ideal de governança global, entre estes podemos citar a Convenção de Viena e a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, a UNIDROIT e a ICC.

A Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias celebrada pela Organização das Nações Unidas em 1988 tem como objetivos para a sua aplicação a limitação na possibilidade de escolha do foro para dirimir conflitos oriundos de contratos de compra e venda; reduzir a necessidade de recorrer as regras de direito

internacional privada para a solução das lides que envolvem os contratos de compra e venda no âmbito global e oferecer opções normativas mais contemporâneas as transações econômicas (PIGNATTA, 2011, p. 1)

A Convenção de Viena tem como fundamento a autonomia privada das partes contratantes e a preservação da boa-fé no âmbito dos negócios jurídicos internacionais e conta com a participação de 90% do comércio internacional, tendo o Brasil aderido ao documento em 2014. Para aplicação das disposições da Convenção de Viena utiliza-se o critério de internacionalidade do negócio jurídico, ou seja, é necessário que o lugar de estabelecimento das partes conste em países diferentes, tratando-se propriamente do comércio internacional de compra e venda de mercadorias

Para Ana Carolina Beneti (2014, p. 2) as vantagens da utilização da Convenção de Viena se traduzem no maior grau de previsibilidade e de segurança jurídica, em razão da supressão das divergências legislativas de âmbito interno; a eliminação de barreiras culturais para a formação e concretização de negócios jurídicos globais e a redução de custos operacionais que são gerados a partir das jurisdições internas das partes negociantes.

No entanto, a Convenção de Viena exclui de seu campo de incidência os conflitos oriundos de vendas para consumidores, em razão da diversidade de tratamento que o assunto recebe no âmbito da legislação interna, o que acarreta que inúmeros litígios decorrente do mercado internacional não encontre amparo no documento em razão de envolver relação de consumo.

Outro instrumento em termos de governança global é UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, organização intergovernamental composta por Estados e por

juristas que tem como função da edição de leis-modelos; princípios gerais e formulação de minutas de tratados e de convenções.

A Câmara Internacional de Comércio – ICC, segue o mesmo modelo, mas é constituída como uma associação de empresas que já é composta por 130 países, cujo objetivo é fomentar a abertura do comércio internacional e da economia de mercado, tem sede em Paris, França, e atua como órgão consultivo da ONU.

Em termos de comércio eletrônico, pode-se fazer referência a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, que será abordada no tópico a seguir.

3 O E-COMMERCE E A SUPLANTAÇÃO DE BARREIRAS ESTATAIS

As vantagens do comércio eletrônico se concentram essencialmente na possibilidade de acesso rápido e atualizado a diversas fontes de informação e de fornecimento de bens e serviços, sem os obstáculos das barreiras espaciais e temporais que o comércio físico tem de lidar, o que fez com que essa nova forma de trocas comerciais se expandisse e se apresentasse como um fator de crescimento econômico imprescindível.

De acordo com uma consultoria especializada no setor de comércio eletrônico, o *e-commerce* cresceu 22% no Brasil em 2014, crescimento este que colocou o país entre os dez maiores mercados globais. No mundo, o crescimento foi de 22,2% e representou a cifra de US\$ 1.316 trilhão, o que representa 5,9% de todo o comércio varejista. Países como Estados Unidos da América (EUA) e China continuam como potências no âmbito do *e-commerce* e detém 55% das vendas que

se realizam pelo comércio eletrônico em todo o mundo.

Ao tratar do *e-commerce* ou comércio eletrônico Tarcisio Teixeira (2013, p. 130) explica:

O *e-commerce* representa o futuro do comércio. Existem milhares de oportunidades de negócios espalhados pela rede, e é muito provável que uma pesquisa de preços na internet lhe trará não só o menor preço, como o melhor produto. Apesar do gargalo representado pelo “analfabetismo digital” de uma grande parcela da população, o *e-commerce* já desponta junto a uma geração que nasceu na última década é espantoso.

A revolução da internet, também denominada de era digital, é delimitada por Diego Rafael Camabarro (2014, p. 107) da seguinte forma:

E também, no que fiz respeito, às características estruturais do funcionamento da internet (uso de diferentes infraestruturas de telecomunicação, padrões abertos de interoperabilidade desenvolvidos e adotados pelos próprios usuários, descentralização e uma camada de aplicações decorrentes da liberdade de inovação e empreendedorismo), que geram tensões econômicas, sociais e políticas variadas.

O comércio internacional, por sua vez, demonstrou que a economia tem o condão de determinar os rumos das discussões políticas, principalmente porque se estabeleceu mais do que uma concorrência empresarial e sim a uma concorrência entre as empresas que atuam em âmbito global e os Estados nos quais estas desenvolvem suas atividades comerciais, por meio de um conflito incessante na busca por menor carga tributária, encargos trabalhistas que produzam menos impactos

financeiros, redução de limites para o desenvolvimento de suas atividades e nenhum comprometimento com os reflexos sociais que produzem, sendo que o comércio eletrônico não é uma exceção a essa regra (FERRAJOLI, 2005, p. 6).

A realidade da ordem internacional no que diz respeito ao comércio eletrônico é que existem agentes que, por sua abrangência territorial e alcance de poderio dentro dos Estados individuais, tem a capacidade ditar as bases econômicas da política mundial, bem como, de ditar as regras nesse contexto, extrapolando as fronteiras e colocando sob questionamentos a soberania dos Estados.

A necessidade de uma governança global sobre esse setor do comércio internacional é explicada pela necessidade de equacionar as divergências relativas ao controle dos recursos críticos da internet, ao controle do acesso e atuação em rede e, principalmente, controle do conteúdo veiculado em rede, a fim de se garantir o caráter global da internet (CANABARRO, 2014, p. 120).

Esse controle deverá levar em conta os inúmeros conflitos que surgem no âmbito da tecnologia e do comércio e que não podem continuar sendo solucionados ou, na maioria das vezes, maquiados por interesses de grandes grupos econômicos com influência mundial, mas se basear no respeito aos direitos fundamentais.

Como exemplo desses conflitos de interesses dentro dos conglomerados transacionais, José Eduardo Faria (2004, p. 144) cita que existe grande pressão dos mercados financeiros da área de software para que os países em desenvolvimento tenham uma política rigorosa de controle de marcas e patentes, mas, ao mesmo tempo, reivindicam a liberdade de concorrência por meio da desregulamentação e deslegalização de algumas atividades.

O comércio eletrônico é um setor na economia que não pode ser concebido sob o âmbito nacional, pois este já integra um mercado global e sua própria característica virtual impõe um questionamento acerca de limites geográficos e territoriais de cada país e torna a concepção de soberania estatal muito limitada para a solução de conflitos que se desencadeiam em âmbito supranacional.

Dessa forma, problemas como tratamento de dados pessoais; regras de publicidade, proteção contra pedofilia, penalidades para a espionagem empresarial, controle de conteúdo veiculado na rede, rastreamento virtual de criminosos, garantia de privacidade e intimidade em rede, se tornam aspectos que escapam do alcance de legislações pátrias, pois os limites do conteúdo na internet não possuem essa circunscrição, o que torna os ditames legais internos ineficazes para o regramento dessas questões.

Neste sentido, a Declaração de Princípios de Genebra, celebrada na Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação em 2003 em Genebra, consagra como princípio do ambiente virtual o princípio do ambiente habilitador, que estabelece que a gestão internacional da internet deve se constituir de forma multilateral, transparente e democrática, com a participação efetiva de governos, do setor privado, da sociedade civil e das organizações internacionais a fim de garantir a todos, em escala mundial, um funcionamento estável e seguro da internet, o que se aproxima de um ideal de governança global.

Além disso, o documento destacou ainda a importância das organizações intergovernamentais, com um papel facilitador na coordenação de políticas públicas relacionadas à internet, e das organizações internacionais como fundamentais para a elaboração de normas técnicas e de políticas relevantes relacionadas à internet,

principalmente do no que diz respeito ao comércio eletrônico, cujo crescimento tem sido exponencial.

Alguns organismos de nível global já existem e possuem atuação relevante no tema do comércio eletrônico. Podemos destacar a UNCITRAL, criada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 1966, perfaz o principal órgão jurídico da ONU para tratar de comércio internacional e tem como objetivo harmonizar e modernizar as regras para o comércio internacional, por meio de convenções, leis-modelos; regras uniformes; guias legislativos com papel orientador para os governos acerca do comércio internacional; assistência técnica em projetos de reforma jurídica e realização de seminários para discussão de questões que envolvem o comércio internacional.

A UNCITRAL editou em 16/12/1996 a Lei Modelo da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico que, com as alterações adotadas em 2006, dispõe sobre definições e regras de interpretação; origem internacional e princípios gerais; âmbito de intervenção dos tribunais estatais, cria e regulamenta a opção de arbitragem, bem como, especifica o seu processo e procedimento para fins de dirimir os conflitos oriundos do comércio eletrônico internacional.

É interessante fazer referência também à Diretiva 2000/31/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, editada em 8 de junho de 2000 que reconhece o intercâmbio e estimula o crescimento econômico e o investimento de inovação por parte das empresas europeias no comércio eletrônico.

Além disso, assegura que o comércio eletrônico deve beneficiar o mercado interno e aponta como obstáculos para essa concretização a divergência das legislações internas e a insegurança dos regimes nacionais, sugerindo uma política de coordenação e de ajustamento entre

os Estados membros.

A título meramente exemplificativo, convém citar que este documento abordou temas como a confidencialidade de registros e de comunicações privadas no âmbito da internet e incumbiu os Estados da obrigatoriedade de disponibilização de mecanismos extrajudiciais para resolução de conflitos por vias eletrônicas, a fim de garantir maior efetividade ao comércio eletrônico e à solução os litígios que dele possam advir.

No entanto, essa iniciativa não é suficiente para o ideal de governança global do *e-commerce*, que exige uma nova postura frente às forças condutoras e das novas molduras que acabam por colocar em dúvida a eficácia das tradicionais políticas governamentais dos Estados individualmente considerados acerca dos limites e do controle do comércio eletrônico e dos conflitos que esse setor da economia suscita frequentemente.

CONCLUSÃO

A globalização como o fenômeno que acarretou a interação cultural e econômica entre diversos países, precisa ser entendida sob o ponto de vista da irreversibilidade, de modo que o diálogo econômico-financeiro e o intercâmbio cultural entre as nações e a formação de um modelo econômico global já são realidades que não tendem ao retorno de um modelo individualmente considerado e internamente regulado pelas opções políticas e legislativas de cada país.

É neste contexto que se desenvolvem os mercados financeiros internacionais que são coordenados pelas grandes potências econômicas e que tem como principal objetivo o tráfego internacional de produtos e

serviços e a redução dos custos de produção.

Com essa proposta, as operações econômicas realizadas por esses mercados financeiros internacionais com caráter autônomo passam a duelar com os entes estatais individualmente considerados, de modo que os países em desenvolvimento, que não possuem o mesmo poderio econômico para adotar uma postura de enfrentamento, acabam por ser subjogados e integram os setores da produção que se desenvolve em escala global, assumindo para si os ônus sociais e ambientais dessas novas formas de produção.

Essa circunstância vai produzir uma desregulação política e social desses mercados financeiros, que acabam se conduzindo por regramentos próprios que são consolidados sob a meta do desenvolvimento econômico, sem a preocupação com o compartilhamento das responsabilidades em nível global que a adoção de tal modelo de mercado impõe.

No final das contas a consequência disso não pode ser outra senão um mercado global de produtos e serviços que atinge os limites do planeta, mas com a assunção de custos de forma individualizada por esta ou aquela nação que sucumbe diante da influência econômica de tais mercados.

Com a proposta de equacionar esse desequilíbrio entre os interesses econômicos dos mercados financeiros na perspectiva global e as necessidades sociais e políticas das nações que são integradas a esse processo de produção parcelada internacionalmente, o ideal de governança global traz consigo o conceito de uma cooperação partilhada entre as nações por meio de seus governos e instituições não estatais, com a criação de organismos internacionais que possam prover alguma regulamentação para os mercados globais, sem, com isso, desnaturar a soberania de cada Estado individualmente considerado.

A governança global passa, então, a ser constituir como uma alternativa para a solução do impasse que se vivencia e que tem origem na ineficiência das legislações internas para o tratamento das questões que constituem-se como problemáticas supranacionais, exigindo-se que cada país que já foi absorvido pelo processo de globalização reflita sobre a sua responsabilidade no cenário nacional, adotando uma postura de cooperação mais preocupada com as políticas externas do que a edição de regulamentos internos que não são aptos à regulamentação de um economia mundial.

O comércio eletrônico, cujo crescimento em escala mundial se deu de forma espantosa e já se torna elemento indispensável em termos de crescimento econômico, não está alheio a essa necessidade de uma governança global para preservar que o seu encadeamento se dê com observância de axiomas universais como, por exemplo, a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

O *e-commerce* tem como principal característica a flexibilidade de limites territoriais e geográficos, tendo em vista que se desenvolve no âmbito da internet que não está adstrita a tais contornos, o que acarreta a realidade de que um regramento lançado sobre bases internas não possui eficácia no plano global, motivo pelo qual exige-se uma regulamentação em termos de governança mundial para a solução dos conflitos supranacionais.

Neste contexto, torna-se cristalino que algumas contingências que derivam da formação e do crescimento dos mercados financeiros globais não podem ser discutidas sob o ponto de vista dos Estados como atores exclusivos, mas precisam de uma reflexão de leve em conta a realidade de que as negociações econômicas e financeiras, no contexto da globalização, demandam esforços compartilhados e, principalmente,

alinhados em escala mundial.

REFERÊNCIAS

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

BARBÉ, Esther. El Estado como actor internacional: crisis y consolidación del sistema de Estados. **Revista de Sociología**, Barcelona, n. 41, 1993.

BENETI, Ana Carolina. **Brasil e a vigência, em 2014, da Convenção de Viena das Nações Unidas de 1980 sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG)**, 12-18 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/downloads/Anexo%20BI%202.288a.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2017.

CANABARRO, Diego Rafael. **Governança global da internet: tecnologia, poder e desenvolvimento**. 2014. 432 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DERUSSI, Fabiano. Lex mercatória: poder conflitual ou poder consensual com a ordem jurídica estatal? In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI: Transformações na ordem social e econômica e regulação, 2016. Brasília/DF. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 24-43. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8t069971/Rn7EZf06gykh8003.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia em Estado? In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el estado constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 297-324, dez./2009.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI: Direito e política, 2005. Fortaleza/CE. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 199-198. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

HABERMAS, Jürgen. Aprender com as catástrofes? Um olhar diagnóstico retrospectivo sobre o século XX. In: **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littra Mundi, 2001.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

OLSSON, Giovanni. SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho Salles. A reconfiguração do poder na sociedade globalizada: o papel dos atores estatais e não estatais. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI: Transformações na ordem social e econômica e regulação, 2016. Brasília/DF. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 8-23. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8t069971/HpY6K55kIWaa0ggm.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2017.

PIGNATTA, Francisco A. **Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 1**, out./2011. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art1.pdf>> Acesso em 28 mar. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In:

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

Como citar: LEÃO, Luana da Costa; TEIXEIRA, Tarcisio. A necessidade do desenvolvimento de uma governança global do e-commerce. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.269-297, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p269. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/02/2017

Aprovado em: 31/03/2017

RESENHAS / REVIEWS

ROTHBAR, Murray N. **A anatomia do estado**. Tradução: Leandro Augusto Gomes Roque & Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

UMA CRÍTICA À EXISTÊNCIA DO ESTADO

CRITICAL TO THE STATE'S EXISTENCE

Heron José Castro Oliveira¹

Como citar: OLIVEIRA, Heron José Castro. Uma crítica à existência do Estado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.298-302, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p298. ISSN: 2178-8189.

A obra “A anatomia do estado” (1974) é uma das principais contribuições de Murray Newton Rothbard² (1926-1995) a teoria do estado. O autor é um dos principais teóricos da doutrina anarcocapitalista, que prega a total abolição do ente estatal, advogando uma sociedade que será autorregulada através de trocas voluntárias e o princípio da propriedade privada.

O referido trabalho de Rothbard foi dividido em sete capítulos, nos quais se demonstra como o estado consegue pregar sua ideologia de maneira a convencer para a população uma legitimidade e eficiência que não existem.

Logo no início do livro, é exposto “o que o estado não é”. Para o

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogado. E-mail: heroncastro93@gmail.com.

2 Economista estadunidense formado pela Universidade de Columbia, pela mesma obteve PhD em economia. Posteriormente se dedicou ao magistério na Universidade de Nevada, em Las Vegas.

autor há a falsa ideia de que o estado se compõe por todos “nós”, mas se isso fosse verdade tudo e qualquer coisa realizada pelo poder estatal seria legítimo e realizado por todos. Rothbard (2012, p. 8) dá como exemplo o fato do estado nazista não ter matado seus membros com a anuência das vítimas, “[...] mesmo que 70% das pessoas decidissem assassinar os restantes 30%, isso ainda seria um homicídio em massa e não um suicídio voluntário por parte da minoria chacinada”.

Então o Estado demonstrado no livro, “[...] é a única organização da sociedade que obtém a sua receita não pela contribuição voluntária ou pelo pagamento de serviços fornecidos, mas sim por meio da coerção” (ROTHBARD, 2012, p. 9). Ou seja, o Leviatã não é nada mais do que um ente que atua por coerção para atingir determinados fins, sendo que com o surgimento da democracia se passou a acreditar na ideia de Estado ligado a palavra “nós”.

O meio explorador utilizado pelo poder estatal seria uma maneira antinatural de desvio da produção. Da maneira como age, o Estado é pior do que um grupo de assaltantes, pois estes apenas incomodam as vítimas uma única vez e desaparecem, enquanto o Estado se eterniza e justifica sua espoliação, encontrado um meio legal para tanto (ROTHBARD, 2012, p. 12-13).

O autor chega a comparar o nascimento de um Estado ao momento em que um grupo de assaltantes decide se unir para tomar o poder em determinada localidade (ROTHBARD, 2012, p. 14)

Há uma crítica ao fato de intelectuais serem cúmplices do Leviatã e sempre haver um interesse pela sua gigantesca máquina burocrática. Os dois acontecimentos ocorrem porque é preciso do apoio dos súditos para que o poder se mantenha. Interesses econômicos (burocracia) e modelagem da opinião (serviço intelectual), são dois motivos que levam

a uma aceitação pelos governados (ROTHBARD, 2012, p. 15-17)

Colocando ideias na cabeça dos indivíduos, o Estado também consegue se eternizar, Rothbard observa que tais ideias podem ser: a) domínio inevitável do Estado; b) abominar qualquer sistema alternativo; c) governantes como homens sábios; d) patriotismo; e) tradição; f) depravar o indivíduo em face do coletivo; g) fazer dos ganhos pessoais algo imoral; e h) cientificismo. Todas essas estratégias são feitas para demonstrar uma certa legitimidade do governo.

Observação importante se deve ao fato do Estado deturpar ideias que tinham como princípio a limitação dele. Casos como o surgimento do Parlamento, que depois ao invés de fiscalizar o poder estatal acabou virando parte do mesmo, a Suprema Corte, ente que passou a legitimar as atitudes do Leviatã (como no New Deal), demonstram as deturpações das tentativas de resistência. Até a visão de direitos naturais passou a ser usada em favor de governos, pois surgiram direitos como a “saúde” (ROTHBARD, 2012, p. 25-26).

Os Estados Unidos tiveram várias instituições visando combater o arbítrio do governo. Os Estados-membros limitariam o poder federal e vice-versa, mas as pessoas esquecem que ambos ainda são Estados. Isso gera dificuldades para o federalismo cumprir sua função, sem falar que nada impede alianças entre os estados e a união, por outro lado isso leva a esquecermos dos interesses de classes que não podem ser resumidos a interesses de determinada localidade (ROTHBARD, 2012, p. 34)

Mas o caso mais paradigma de inversão de funções é o da Suprema Corte Americana. Esta foi criada para limitar o poder com base na Constituição Americana, entretanto se tornou a legitimadora dos atos estatais, por possuir o monopólio da “palavra final” e querendo ou não, fazer parte do governo (ROTHBARD, 2012, p. 28)

Porém, todo o poder possui o medo de deixar de dominar, com o Estado não poderia ser diferente. Para Rothbard (2012, p. 37-38) o ente estatal teme ser tomado por outro Estado ou terminar via revolução popular. No primeiro caso se usa a ideia de união nacional para proteção contra invasões. Podemos observar esse medo, também, pela forma com que os crimes praticados contra a administração pública ou a “coletividade” são mais reprováveis do que os crimes contra o indivíduo.

Ao observar as relações entre os Estados, o autor demonstra a visão de que eles perderam o cavalheirismo anterior ao século XX, como é demonstrado nas guerras totais. Antigamente havia uma divisão entre o indivíduo e o Estado no momento da guerra. Hoje evitar a guerra total é algo fora de moda e quando não estão lutando os Estados estão fazendo tratados para evitar guerras e negociar seus territórios, como se fossem proprietários legítimos. (ROTHBARD, 2012, p. 41-45)

Ao final da obra é demonstrado uma visão da história baseada na luta entre o poder social (indivíduos) e o poder estatal (Estado). Nessa parte do livro Rothbard (2012, p. 47-49) se aproxima de Marx, pois passa um pente fino na história e demonstra uma luta entre dois lados. Se em um time temos indivíduos empreendedores que sempre inovam e trazem avanços, em outro existe um poder parasitário e que sempre visa a tomada do que aqueles conquistaram, fracassando todas as tentativas de impor limites.

Se a ideia anarcocapitalista pode parecer utópica e radical por um lado, tendo em vista que prega a abolição da autoridade, coisa que parece inaceitável aos olhos de muitos, por outro lado não há que se negar que a crítica anarcocapitalista pode ser muito aproveitada para se refletir a respeito dos perigos de um poder estatal muito poderoso.

É possível observar como o Estados muitas vezes sufoca o

indivíduo em face de interesses do seu próprio comitê. Não há que se negar que assim como a crítica de Marx, Rothbard (2012) também demonstra que o Leviatã tende a cuidar dos assuntos da elite.

Como citar: OLIVEIRA, Heron José Castro. Uma crítica à existência do Estado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.298-302, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p298. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 21/08/2016

Aprovado em: 10/03/2017

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 **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. 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 words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- 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).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. 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 digitadas 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).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 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;
- **Abstract** e **Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto 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 Canotilho (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 distingüi-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, Grinover e Dinamarco (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 1 (um) espaço simples. 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 da obra (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.

4.2.3. 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).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. 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).

5.2. 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.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

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 publicados 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.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

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.
