

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 21, n. 2, jul. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



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: Elve Miguel Cenci

Vice-coordenador: Luiz Fernando Bellinetti

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. 2, jul. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



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)

Ana Karina Ticcianelli (UNIFIL/PR)

Ana Paula Leite (UEPG/PR)

Bruno Valverde Chahaira (UFR/RO)

Carlos Alberto Pereira Das Neves Bolonha (UFRJ/RJ)

Carlos Nelson Konder (UERJ/RJ)

Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNRIO/RJ)

Eloy Pereira Lemos Junior (UIT/MG)

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFL/MG)

Jair Teixeira dos Reis (FSG/ES)

Jesuvaldo Eduardo de Almeida Junior (FIAETPP/SP)

João Luiz Martins Esteves (UEL/PR)

João Porto Silvério Junior (URV/GO)

Lourival José de Oliveira (UEL/PR)

Marcos Vinício Chein Feres (UFJF/MG)

Maria Priscila Soares Berro (UFR/RO)

Marialice Antão de Oliveira Dias (UFR/RO)

Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/
CHILE)

Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)

Ronaldo Lindimar José Marton (UCB/DF)

Silvio Romero Beltrão (UFPE/PE)

Thais Bernardes Maganhini (UFR/RO)

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.....9

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ORDINARIO
UNA ESTRECHA Y PERMANENTE RELACIÓN A PARTIR
DE LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN
COMPARADA**

CONSTITUTIONAL LAW AND LAW ORDINARY CLOSE AND
PERMANENT RELATIONSHIP FROM THE CONSTITUTION: AN
ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW.....10

Emilio Alfonso Garrote Campillay

**THE PROTECTION OF MINORITY LANGUAGE: WHETHER
A TOOL FOR THEIR PROTECTION?**

A PROTEÇÃO DA LÍNGUA MINORITÁRIA: QUAL FERRAMENTA
PARA SUA PROTEÇÃO?.....41

Kamal Ahmad Khan

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURAS DE
MERCADO EM UMA CONCORRÊNCIA PRATICÁVEL**

ACTS OF ECONOMIC CONCENTRATION AND MARKET
STRUCTURES IN A WORKABLE COMPETITION.....64

*Jackson Lima Rocha, Renata Albuquerque Lima e Lívyia Maria Vaz
Cordeiro*

**DESAFIOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS E ECONOMIA
COMPARTILHADA: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO
CRÍTICA**

LEGAL AND REGULATORY CHALLENGES AND

SHARING ECONOMY: ELEMENTS FOR A CRITICAL ANALYSIS.....98

Raphael Andrade Silva, Matheus Silva De Paiva e Gustavo Saad

Diniz

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CORRUPÇÃO: A BUSCA PELO AGIR COMUNICATIVO NO PODER PÚBLICO

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND CORRUPTION: THE SEARCH FOR COMMUNICATIVE ACTION IN THE PUBLIC POWER.....126

Leonardo Da Rocha De Souza e José Alcebiades De Oliveira Junior

OS NOVOS SERVIÇOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O CASO DO UBER NA CIDADE DE SÃO PAULO

THE NEW SERVICES IN THE INFORMATION SOCIETY: THE UBER CASE IN SÃO PAULO CITY.....154

Marcelo Guerra Martins, Marcelo Tadeu Nascimento e Ronny Max

Machado

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA DE RAIOS NO DIREITO BRASILEIRO

CONSIDERATIONS ON THE RADIUS CLAUSE IN BRAZILIAN LAW182

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM VIRTUDE DA COLETA DE DADOS SENSÍVEIS

LABOUR RELATIONS' DISCRIMINATION DUE TO THE COLLECTION OF SENSITIVE DATA214

Andréa Dourado Costa e Ana Virginia Moreira Gomes

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO FORTALECEDOR DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

THE MEDIATION AS STRENGTHENING INSTRUMENT OF ACCESS TO JUSTICE AND OF DEMOCRACY ON FAMILY CONFLICTS RESOLUTION237

José Ricardo Suter e Rozane Da Rosa Cachapuz

O PARADIGMA PÓS-MODERNO DO NEGÓCIO JURÍDICO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONCEPÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

THE POST-MODERN PARADIGM OF THE LEGAL BUSINESS AND THE NEED FOR A NEW CONCEPTION IN CONTEMPORARY.....261

*Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Nida Saleh Hatoum e
Marcos Massashi Horita*

RESENHA/REVIEW

OS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DA HISTÓRIA DO CAPITALISMO: UMA ANÁLISE DAS PAIXÕES E DOS INTERESSES

THE IDEOLOGICAL FOUNDATIONS OF THE HISTORY OF CAPITALISM: AN ANALYSIS OF PASSIONS AND INTERESTS.....298

Déborah De Meira Málaque

INSTRUÇÕES AOS AUTORES.....302

Editorial

Caro pesquisador, saudações!

É com muito prazer que a Revista Scientia Iuris apresenta a edição número 2, do volume 21. Como explicitado anteriormente, neste ano de 2017, completamos 20 anos e para acompanhar a evolução e comemorar em grande estilo, a revista ganhou uma nova roupagem em sua capa.

Rumo à busca da excelência, a edição conta com avaliadores internacionais e um alto nível de exogenia, ultrapassando os 75% dos autores, de seis estados da federação.

Uma das intenções da Revista é aflorar o dissenso na mentalidade dos leitores e, assim como cada um é único, busca incentivar a crítica reflexiva em todas as áreas. Nesse viés, a diversidade de assuntos tratados pelos autores que conta nessa edição com dois artigos internacionais - “Derecho constitucional y derecho ordinário: una estrecha y permanente relación a partir de la constitución: un análisis de legislación comparada” e “The protection of minority language: whether a tool for their protection?” – e dez artigos nacionais, analisando: Atos de concentração econômica e estruturas de mercado

em uma concorrência praticável; Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro; Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis; Desafios jurídico-regulatórios e economia compartilhada: elementos para uma reflexão crítica; Democracia deliberativa e corrupção: a busca pelo agir comunicativo no poder público; Os novos serviços na sociedade da informação: O caso do uber na cidade de São Paulo; A mediação como instrumento fortalecedor do acesso à justiça e da democracia na resolução de conflitos familiares; O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade.

Como dizia Mário Quintana: “[...] livros não mudam o mundo, quem muda o mundo são as pessoas. Os livros só mudam as pessoas”. Não ignore o poder de uma semente; essa revista é a nossa semente! Que ela gere muitos frutos na produção científica, na pesquisa acadêmica, mas principalmente, no modo de pensar de cada pessoa.

Agradecemos por cada autor, parecerista, colaborador técnico... Enfim, essa revista é para vocês, é de vocês!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHO ORDINARIO UNA ESTRECHA
Y PERMANENTE RELACIÓN A PARTIR DE
LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS DE
LEGISLACIÓN COMPARADA**

CONSTITUTIONAL LAW AND LAW
ORDINARY CLOSE AND PERMANENT
RELATIONSHIP FROM THE CONSTITUTION:
AN ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW

* Doutor e Mestre em Direito Pela Universidad de los Andes (Santiago- Chile). Graduado em Direito pela Universidad de Atacama (Chile). Professor na Universidad de Atacama (Chile). Advogado. Email: emilio.garrote@uda.cl

Emilio Alfonso Garrote Campillay*

Como citar: CAMPILLAY, Emilio Alfonso Garrote. Derecho Constitucional y Derecho Ordinario na estrecha y permanente relación a partir de la constitución: un análisis de legislación comparada. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 10-40, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p10. ISSN: 2178-8189.

Resumen: En el presente trabajo se propone un concepto de Derecho y de Constitución a partir del cual se analizan las principales normas contenidas en los textos constitucionales de Italia, Alemania, Francia, Portugal y España a objeto de demostrar la estrecha y directa relación que existe entre el Derecho Ordinario y el Derecho Constitucional a través de la Constitución. Relación a partir de la cual,

el Derecho Constitucional gozaría de una especial posición dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, lo que en ningún caso implica que la Constitución agote o contenga todo el Derecho.

Palabras claves: Constitución. Derecho. Derecho Constitucional. Derecho Ordinario.

Abstract: This paper proposes a concept of law and constitution, from which the main rules contained in the constitutional texts of Italy, Germany, France, Portugal and Spain are analyzed in order to demonstrate the close and direct relationship between the Ordinary Law and Constitutional Law through the Constitution. A relationship from which Constitutional Law would enjoy a special position within the legal system of each State, which in no case implies that the Constitution exhausts or contains the entire Law.

Keywords: Constitution. Law. Constitutional Law. Ordinary law.

INTRODUCCIÓN

Existe una estrecha y permanente relación entre el Derecho Ordinario y el Derecho Constitucional a partir de la propia Constitución gozando el Derecho Constitucional de una especial posición en el ordenamiento jurídico. Pero ello en ningún caso implica que la Constitución debe contener todo el Derecho cuando ni siquiera agota el Derecho Constitucional (UPRIMNY, 2006, p. 25; NÚÑEZ, 2015, p. 157 ss.). La Constitución es norma jurídica y a la vez una norma política, pero en lo que tiene de jurídico, debe contener lo estrictamente jurídico, esto es, aquello que es justiciable.

Sin embargo, en el último tiempo, es posible observar una tendencia generalizada a pensar que todo el Derecho debe estar vertido en la principal norma jurídica de un ordenamiento, esto es, en la Constitución. Así todo se ha constitucionalizado “[...] Las constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, tratando de evitar los atropellos a los derechos fundamentales de los regímenes totalitarios y acogiendo también principios de la llamada democracia social, abandonan la aproximación clásica de regular únicamente el funcionamiento del poder, y pasan a explicitar cuáles son los principios morales básicos que sustentan y hacen posible un régimen democrático, elevan a la categoría de normas constitucionales los derechos fundamentales de las personas, y, lo que es más relevante, establecen mecanismos jurisdiccionales especiales para hacer efectivos dichos derechos” (CORRAL, 2004, p. 50).

Lo que implica en la práctica convertir al principal intérprete de la ley suprema, llámese Tribunal Constitucional, Corte Constitucional o Suprema Corte, en el “nuevo señor del Derecho” controlando tanto el

Derecho Ordinario como el Derecho Constitucional (ZAGREBELSKY, 1995, p. 33 y ss.). Una especie de tercera rama legislativa (cuestión que escapa al objeto de este trabajo). Así por ejemplo, en los Estados Unidos, sin necesidad de reformar la Constitución, la Corte Suprema comienza a hacer interpretaciones que le permiten incursionar en el derecho de familia y en otras materias de derecho privado utilizando los textos a la luz de las nuevas concepciones (CORRAL, 2014, p. 1).

A objeto de evitar equívocos estimo necesario aclarar y declarar lo que entiendo por Constitución y por Derecho. Y no partir del supuesto errado a mi juicio, de que todos estamos de acuerdo en todo, y que cuando hablamos de Constitución o Derecho, entre otros temas, todos tenemos las mismas concepciones. Para ello la investigación comienza determinando y proponiendo un concepto de Derecho y de Constitución a partir del cual se analizan las principales normas contenidas en las constituciones de Italia, Alemania, Francia, Portugal y España a objeto de demostrar y dar cuenta de la estrecha y permanente relación que existe entre el Derecho Ordinario y el Derecho Constitucional a partir de la Ley Suprema o Fundamental, gozando el Derecho Constitucional de una posición especial en los sistemas objeto de la presente investigación. Lo que en ningún caso implica que la Constitución agote o contenga todo el Derecho (GARROTE, 2012, p.1)

Una aproximación al concepto de Derecho puede efectuarse a partir de dos grandes sistemas jurídicos occidentales, a saber, el sistema del *Common Law* y el sistema romanista continental (PEREIRA, 2006, p. 14). La concepción anglosajona se destaca por su no estatismo. Por ello, la Constitución no nace como un Derecho distinto, segregado del resto y referido exclusivamente a la cosa pública, sino más bien, como una extensión de los principios del Derecho privado a los asuntos políticos

(DICEY, 1982, p. 1). Nació, por tanto, desde abajo hacia arriba. La Constitución es tan jurídica como el resto de las leyes, es “el Derecho del país”, Ley de la tierra en la Carta Magna (art. 39) y Ley suprema de la nación en la Constitución norteamericana (art. 7). Estas constituciones son judicialistas, más bien pragmáticas, sobrias de palabras, poco ideológicas, en las que existe bastante acuerdo sobre las cuestiones fundamentales (PEREIRA, 2006, p. 16).

En cambio, la concepción europea continental originariamente se caracteriza por el fuerte estatismo jurídico y político. La Constitución nace como una ley cualitativamente distinta de las privadas. El Derecho Público se concibe a partir de la idea de Estado y de soberanía. Es una super ley, que trata poco respecto de las materias concernientes a las otras leyes, e incluso deja al Código Civil definir los principios generales del ordenamiento jurídico. No son judicialistas (PEREIRA, 2006, p. 15). Son más bien retóricas e ideológicas y menos pragmáticas. Reflejan sociedades más inestables, por ende su duración es más breve. Sin acuerdo sobre lo fundamental y no aplicables en un litigio.

1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Lo primero a considerar es que Constitución y Derecho no son términos sinónimos y mucho menos unívocos (PEREIRA, 2006, p. 13). La Constitución no contiene todo el Derecho; o dicho en otras palabras, el Derecho no se agota en la Constitución (KELSEN, 1987; HOBBS, 1997; ROSS, 1970; BOBBIO, 1965; HART, 1995). Ni siquiera contiene todo el derecho constitucional (NOGUEIRA, 2015, p. 313). Tomando como base nuestra propia Constitución, en su artículo 5º inciso segundo señala que también forman parte de “lo constitucional” los derechos

esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en los tratados internacionales (NOGUEIRA, 2015, p. 304), bajo la condición que hayan sido ratificados y se encuentren vigentes (NOGUEIRA, 2015, p. 306). Caso contrario, no existirían la equidad, Derecho natural, ni los principios generales del Derecho como parte del ordenamiento jurídico, y, por tanto, que pudieran ser invocados ante un juez, salvo y en la medida en que la ley de leyes los reconozca (PEREIRA, 2006, p. 17).

En un primer momento la Constitución fue entendida como un documento político muy importante, pero sin valor jurídico inmediato (MARTÍNEZ, 2006, p. XIII). En palabras de Pereira Menaut “Invocarla ante un juez no sólo carecía de sentido, sino que, además, suponía pasar por alto que la máxima norma a la que aquél debía someterse era la Ley” (PEREIRA, 2006, p. 12). Por su parte, el Derecho se reducía a un puro conjunto de normas, confundiéndose con el poder, ya que éstas son producidas por el poder.

A partir de la Segunda Guerra Mundial va a cambiar esta visión de Constitución (KELSEN, 1987; SMEND, 1985; BASSA, 2008; LASSALLE, 2012); la que pasa a ser entendida como “un instrumento de limitación del poder y de garantía de la dignidad y derechos consustanciales del ser humano, y que en tal sentido es tan política como jurídica” “Y en lo que tiene de jurídico es una norma justiciable, o sea, directamente aplicable” (MARTÍNEZ, 2006, P. XIV). Se trata de la norma jurídica más importante. Pero ello no significa que agote todo el Derecho (Nogueira, 2015, p. 312), ni que sea la fuente última de la juridicidad” (MARTÍNEZ, 2006, p. XVI). En el mismo sentido el profesor Pereira Menaut señala lo que es una Constitución tanto material como formal (BELLAMY (1996); DWORKIN, 1984; RAWLS, 1971; VINOGRADOFF, 1967). “En sentido material la Constitución es una

limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos”. “En sentido formal, es el documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa la realidad en un grado mínimamente razonable, puesto que tener una espléndida constitución, en sentido formal, está al alcance de cualquiera” (PEREIRA, 2006, p. 5 y ss.). Concepto al cual adhiero y es el que he seguido en la investigación.

2 CONCEPTO DE DERECHO

Determinar qué es el Derecho no es tarea fácil. De hecho, no hay uno sino que muchos conceptos de Derecho (HART, 1963; FINNIS, 2000; SQUELLA, VILLAVICENCIO Y ZÚÑIGA, 2012). Por mi parte, adhiero al concepto dado por el profesor Pereira Menaut en su obra *Teoría Constitucional y otros Escritos*, quien al respecto señala “[...] el Derecho forma un repertorio de soluciones para casos de conflictos basadas en criterios de justicia natural y procedimental. No necesariamente forma una pirámide, un sistema, ni un ordenamiento”. Luego agrega “[...] existe Derecho cuando un tercero imparcial y que no ha sido nombrado por ninguna de las partes, hallándose éstas en pie de igualdad ante el juzgador y ante las reglas que va a aplicar.

Se produce por medio de sentencias, contratos, normas y costumbres. En su producción intervienen, además, los principios, la equidad, las opiniones de autoridad y las reglas jurídicas naturales. Se expresa, sobre todo, a través de las sentencias judiciales” (PEREIRA, 2006, p. 18). Se trata de un concepto judicialista, similar al de Álvaro d’Ors, para quien “el Derecho vigente es el que resulta de las sentencias

de los jueces” (D’ORS, 2001, p. 18; 1973, p. 47 ss.).

3. Relación entre la Constitución y el Derecho Ordinario o Común

A partir de la concepción de Constitución en su aspecto normativo, esto es como una norma justiciable o directamente aplicable, sumada a la existencia de un órgano encargado de su interpretación y aplicación, la relación entre ella y el Derecho ordinario es cada vez más estrecha. Cualquier asunto, incluso de naturaleza privada -por ejemplo, la propiedad sobre un determinado bien-, puede constitucionalizarse (CORRAL, 2004, p. 50). Así las cosas, quienes lo tendrán que resolver, ya sea de manera directa o indirecta, dependiendo del sistema de control constitucional que exista, serán los jueces constitucionales. Por eso, y con razón, Zagrebelsky señala que los jueces constitucionales son los “nuevos señores del Derecho” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 33 y ss.).

Así, los Tribunales Constitucionales u órganos encargados de determinar el sentido y alcance de la Ley Suprema controlan tanto el Derecho constitucional como el Derecho no constitucional u ordinario (ALONSO, 1998, p. 24). En especial, en aquellos países donde tienen competencia en materia de Derechos Fundamentales (SILVA, 2006, p. 321 y ss.). El sistema Alemán es un claro ejemplo de este fenómeno. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA), es el verdadero señor del Derecho. Esto es así en la medida en que el concepto de Constitución sea el de norma *normarum*, o el alemán que entiende que la Constitución es una representación de “valores”. Lo mismo sucede, aunque en menor grado, con el Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE), por la vía del amparo constitucional (ALONSO, 1998, p. 24 y ss.), y con el Consejo Constitucional francés (en adelante CCF), a partir de su competencia para conocer de la cuestión prioritaria de

constitucionalidad. Quizás, con mayores reparos, lo mismo se podría decir del Tribunal Constitucional Chileno (A través del principio de igualdad y del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional Chileno controla tanto el derecho constitucional como el derecho ordinario o común), en particular debido a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, ART. 93 N° 6 Y 7).

Sin embargo, hay que tener en consideración las nuevas estructuras jurídicas y políticas (AGUILAR, 2015, p. 277). Éstas han permitido que el Derecho ya no se construya desde arriba hacia abajo, al estilo Kelseniano. La vieja forma piramidal ha quedado atrás, dando paso a un nuevo paisaje jurídico y político, sobre todo en Europa, con un nuevo tipo de Constitución y comunidades políticas postmodernas. En palabras de Pereira Menaut “[...] nos estamos encaminando hacia constituciones post-soberanas, post-estatistas, articuladas en varios niveles de gobierno, de jurisdicción y de ordenamientos jurídicos desde el nivel continental hasta el regional; constituciones que pueden no ser *normae normarum* ni cúspides de sus ordenamientos jurídicos; constituciones adecuadas para comunidades políticas integradas en otras comunidades políticas mayores e integradas, a su vez, por otras comunidades políticas menores” (PEREIRA, 2003, p. 125 y ss.).

En el mismo sentido, Zagrebelsky al referirse al Derecho en el Estado Constitucional actual señala que “[...] si pensásemos, mediante una transposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo

de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la Ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Semejante sustitución no es posible y nos conduciría a un mal entendimiento de los caracteres del Estado Constitucional actual” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 40 y ss.).

Hoy en los estados constitucionales ya no hay en absoluto la unificación característica del estado de derecho del siglo XIX. Por el contrario, existe una serie de divisiones o pluralidad de ordenamientos jurídicos que conviven entre sí. Y ya no es posible su unidad en términos lineales con que en el pasado se realizaba su coherencia bajo la ley. Se hace necesario entonces prestar atención a las separaciones que constituyen la novedad de los ordenamientos jurídicos del siglo XX, que hacen del iuspositivismo jurídico decimonónico un puro y simple residuo histórico (ZAGREBELSKY, 1995, p. 41).

4 DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO COMÚN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN

Corresponde ahora analizar esta relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario a partir de las Constituciones de legislación comparada. A saber: Italia, Alemania, Francia, Portugal, España. Para estos efectos daremos cuenta de las principales normas contenidas en los respectivos ordenamientos a partir de las diversas Constituciones, las que en mi opinión demostrarían la estrecha y permanente relación entre el orden ordinario y el orden constitucional. En otras palabras, cómo a partir de las respectivas Constituciones se establecen diversos puntos de conexión ya sea con el derecho anterior

y posterior a la Constitución; el derecho interno y el derecho externo o entre el Derecho Común y el Derecho Constitucional. Dándole una especial posición al Derecho Constitucional.

4.1 Constitución italiana de 1 de enero de 1948

En el caso italiano podemos encontrar diversas normas que dan cuenta de la estrecha relación que existe entre el orden ordinario y el orden constitucional. Tanto a nivel interno como externo. Entre el derecho anterior y posterior a la Constitución. Lo que de alguna manera refleja la especial posición que ha ido adquiriendo el Derecho Constitucional dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos. Así su artículo 10 declara que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La situación promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a ese fin. Por su parte, el artículo 54.1 dispone que todos los ciudadanos tendrán el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes. A su vez el artículo 71 señala que la iniciativa de las leyes pertenece al Gobierno, a cada miembro de las Cámaras y a los órganos y entidades a los cuales se ha conferido este derecho por una ley constitucional.

El artículo 101.1 declara que la justicia se administrará en nombre del pueblo. Los jueces sólo estarán sometidos a la ley. Por su parte, el artículo 101.2 se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones, sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República,

conforme con las normas de la Constitución.

En sus disposiciones transitorias y finales la Constitución italiana se refiere a la compatibilidad entre el derecho ordinario o común anterior con el Derecho Constitucional. Así, en su disposición quince, al respecto señala que al entrar en vigor la Constitución se tendrá por convertido en ley el decreto ley lugartenencial de 25 de junio de 1944, número 151, sobre la ordenación provisional del Estado. Por su parte, la disposición dieciséis dispone que en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Constitución se procederá a la revisión y a la coordinación con ella de las leyes constitucionales anteriores que no hayan sido hasta ahora explícita o implícitamente derogadas.

Cada una de las normas antes transcritas demuestra la importancia y el rol de la Constitución en el sistema jurídico italiano. Hay una clara recepción del derecho internacional en el orden jurídico interno a partir de la Ley Suprema. El constituyente derivado permanentemente hace alusión tanto a la Constitución como a la ley. De esa manera va estableciendo diversos puntos de conexión, estrechando la relación entre el derecho ordinario y el derecho constitucional. No deja de llamar la atención el hecho de que la Constitución, al igual que en el caso español, sólo someta al Poder Judicial a la ley, debiendo éste estar sometido tanto a la Constitución como a la ley, y a las demás normas dictadas conforme a la Ley Suprema.

4.2 Constitución alemana de 23 de mayo de 1949

Al igual que en el caso anterior, la Constitución alemana contiene diversas disposiciones en virtud de las cuales se pretende reflejar la especial posición e importancia del Derecho Constitucional, así como

también las relaciones de éste con el derecho ordinario o común. Así, su artículo 20.3 dispone que el Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al Derecho. Por su parte, el artículo 20 a dispone que el Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del ordenamiento constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes Ejecutivo y Judicial.

A su vez, el artículo 23.1 señala que para la realización de una Europa unida la República Federal Alemana contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantizará una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. De acuerdo con el artículo 25, las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. Por su parte, el artículo 31 declara que el Derecho federal deroga el derecho de los *Länder*.

El artículo 56 dispone que al tomar posesión de su cargo, el Presidente Federal prestará ante los miembros reunidos del *Bundestag* y del *Bundesrat* el siguiente juramento: “Juro consagrar mis fuerzas al bien del pueblo alemán, acrecentar su bienestar, evitarle daños, salvaguardar y defender la Ley Fundamental y las leyes de la Federación, cumplir mis deberes escrupulosamente y ser justos con todos. Que Dios me ayude”. Por su parte el artículo 70.1 declara que los *Länder* poseen el

derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación. Asimismo, de acuerdo con el artículo 93.2, la Corte Constitucional Federal decide en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente ley Fundamental, o la compatibilidad del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de un cuarto de los miembros del *Bundestag*.

En sus disposiciones transitorias y finales, la Constitución alemana se refiere a la vigencia y compatibilidad entre el Derecho común anterior a la Constitución y el Derecho Constitucional. Así, su artículo 123.1 y 2 declara que el derecho vigente antes de la reunión del Bundestag continuará en vigor, siempre que no contradiga la presente Ley Fundamental [...]. Por su parte el artículo 124 declara que el derecho que se refiere a materias de la legislación exclusiva de la Federación se transforma en Derecho federal dentro del ámbito de su vigencia. Asimismo, de acuerdo con el artículo 126, las controversias sobre la continuidad de la vigencia de las normas, como Derecho federal, serán resueltas por la Corte Constitucional Federal.

La Constitución alemana, como se ha podido constatar, contiene normas que no sólo reflejan la importancia y especial posición del Derecho Constitucional, sino también disposiciones que le otorgan una primacía a las normas generales del Derecho internacional público sobre el derecho común, creando directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. La Corte Constitucional Federal tiene competencia para pronunciarse sobre la vigencia del derecho anterior y posterior a la Constitución. El legislador por mandato directo de la Constitución está sometido al orden constitucional. Mientras que el Ejecutivo y Judicial están sometidos al legislador y al Derecho. En este último caso se habla

de la ley y el Derecho como si fueran cosas distintas. Debe entenderse que cuando se hace referencia al Derecho quiere significar que tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial también están sometidos a la Ley Fundamental, la cual sin duda también es parte del Derecho.

4.3 Constitución francesa de 4 de octubre de 1958

Corresponde ahora analizar la Constitución francesa, con el objeto de determinar si a partir de sus disposiciones se puede extraer la relación entre el Derecho constitucional y el derecho ordinario, entre el derecho anterior y posterior a la Constitución, que de alguna manera nos permita determinar la especial posición del Derecho Constitucional dentro del sistema francés. Así, su artículo 1.1 declara que Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada. Por su parte, el artículo 4.3 dispone que la ley garantizará las expresiones pluralistas de las opiniones y la participación equitativa de los partidos y las agrupaciones políticas a la vida democrática de la Nación.

El artículo 5.1 dispone que el Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. A su vez, el artículo 10.1 señala que el Presidente de la República promulgará las leyes dentro de los quince días siguientes a la comunicación al Gobierno de la ley definitivamente aprobada. Por su parte, el artículo 37.1 establece que la ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y un

fin determinados. Asimismo, de acuerdo con el artículo 46.1, las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas serán votadas y modificadas en las siguientes condiciones [...].

Si bien en el caso francés también existen disposiciones que hacen referencia tanto a la propia Constitución como a la ley o, dicho de otro modo, al Derecho Constitucional y al Derecho Ordinario o Común, no es tan clara como en los casos anteriores la especial posición del Derecho Constitucional dentro del ordenamiento jurídico francés. Tampoco posee una norma que dé cuenta con tanta claridad, como en el caso alemán, sobre la recepción del derecho internacional en el orden interno. Lo mismo puede decirse respecto de la compatibilidad y vigencia del derecho anterior a la Constitución. En la mayoría de sus pasajes el texto constitucional se remite más a la ley que a la propia Constitución. Lo que obedece, entre otras razones, a una cuestión histórica, dada la primacía del Parlamento. La ley era considerada una emanación de la voluntad del pueblo, por lo que no podría equivocarse. Luego, un control constitucional respecto de ésta se tornaría inútil, ya que la ley, en cuanto emanación del pueblo soberano, era considerada ella misma soberana.

Sólo en el último tiempo el Derecho Constitucional ha adquirido relevancia y una verdadera importancia dentro del ordenamiento jurídico francés. Se debe tener presente que la Corte Constitucional Francés en el último tiempo ha operado como un verdadero Tribunal Constitucional; antes sólo existía un control *a priori* de la ley. En el año 2010, a partir del mes de marzo, se comienza a controlar la ley vigente a través de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, pero limitada a la infracción de derechos fundamentales (Ley Orgánica Constitucional N° 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009).

4.4 Constitución de Portugal de 2 de abril 1976

La Constitución portuguesa en diversas disposiciones da cuenta de la relación entre la Constitución y del derecho común, así como también de la compatibilidad entre el derecho anterior y posterior a la Ley Suprema. Así, su artículo 2 declara que la soberanía, una e indivisible, reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita en la Constitución. Por su parte, el artículo 2 dispone que el Estado debe cumplir con la Constitución y con base en la legalidad democrática. A su vez, el artículo 3.1 señala que la validez de las leyes y otros actos del Estado, comunidades autónomas, administración local y cualquier otro público depende de su conformidad con la Constitución. El artículo 8 dispone que las normas y principios del derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués.

Por su parte el artículo 15.1 declara que los extranjeros, los apátridas, que se encuentren o residan en Portugal gozan de los derechos y están sujetos a los deberes del ciudadano portugués. En el número 2 señala que quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior de los derechos políticos, el ejercicio de las funciones públicas que no tengan un carácter predominantemente técnico y los derechos y deberes reservados por la Constitución y por la ley a los ciudadanos portugueses exclusivamente.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 16.1, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen ningún otro en las leyes y normas del derecho internacional. Por su parte, el artículo 18.2 declara que la ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, las restricciones deben limitarse a lo necesario para salvaguardar otros

derechos o intereses constitucionalmente protegidos. A su vez, el artículo 18.3 señala que las leyes que restringen los derechos, libertades y garantías deben tener carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo o reducir la extensión y el alcance de la esencia de las disposiciones constitucionales.

El artículo 19.7 señala que la declaración del estado de sitio o el estado de emergencia puede afectar la normalidad constitucional, de conformidad con la Constitución y la ley, no puede afectar la aplicación de las normas constitucionales sobre la jurisdicción y el funcionamiento de los órganos de soberanía y autonomía de Comunidades Autónomas o de los derechos e inmunidades de sus respectivos propietarios. Por su parte, el artículo el artículo 27.5 señala que la privación de libertad en contra de la Constitución y la ley dan origen a la obligación del Estado de indemnizar a la parte perjudicada por la ley.

El artículo 52.1 establece que todos los ciudadanos tienen derecho a presentar, en forma individual o colectiva, a los órganos de soberanía, los órganos de autogobierno de las comunidades autónomas o cualquier autoridad, peticiones, reclamaciones o quejas para proteger sus derechos, la Constitución, la ley o interés y, también, el derecho a ser informados, en un plazo razonable, sobre los resultados de su evaluación. Por su parte, el artículo 61.1 señala que la empresa económica privada se ejercerá libremente en el marco establecido por la Constitución y la ley, y teniendo en cuenta el interés general. Asimismo, el artículo 103.3 declara que nadie puede ser obligado a pagar los impuestos que no han sido creados por la Constitución, que son retroactivos en vigor, o el pago o cobro no se lleva a cabo de conformidad con la ley.

El artículo 11.2 señala que ningún cuerpo soberano, región autónoma o municipio podrá delegar sus competencias en otros órganos,

salvo en los casos expresamente previstos y de acuerdo con la Constitución y la ley. Por su parte, el artículo 112.3 declara que tienen la fuerza, además de las leyes orgánicas, las leyes que requieren la aprobación por mayoría de dos tercios, así como los que, según la Constitución, son requisitos legales obligatorios u otras leyes que deben ser respetadas por los demás. A su vez, el artículo 114.2 señala que se reconoce el derecho de las minorías de la oposición democrática, conforme con la Constitución y la ley. Asimismo, de acuerdo con el artículo 115.1, los ciudadanos votantes registrados en el país pueden ser llamados a gobernar directamente, y en una unión, a través de un referéndum, por decisión del Presidente, a propuesta del Parlamento o del Gobierno, en materias de su competencia, en los casos y de conformidad con la Constitución y la ley.

El artículo 217.3 declara que la ley define las reglas y determina la competencia para la asignación, transferencia y promoción, y para ejercer el control disciplinario en relación con jueces de otros tribunales, con las garantías previstas en la Constitución. Por su parte, el artículo 223.1 dispone que la Corte Constitucional examina la inconstitucionalidad e ilegalidad, en virtud de los artículos 277 y siguientes. A su vez, el artículo 223.3 señala que el Tribunal Constitucional también realizará las demás funciones que le confieren la Constitución y la ley. Asimismo, de acuerdo con el artículo 271.1 y 2, son inconstitucionales las normas que contravengan la Constitución o los principios consagrados en ella.-Los tratados internacionales de inconstitucionalidad orgánicos o formales debidamente ratificados no se oponen a la aplicación de estas normas en el ordenamiento jurídico portugués, siempre que dichas normas se apliquen en el sistema de la otra parte, a menos que tal resultado de inconstitucionalidad genere la violación de una disposición esencial.

La Constitución portuguesa también se pronuncia de manera

expresa sobre la vigencia del derecho común y constitucional anterior y posterior a la Constitución de 1974. Así, su artículo 290.1 declara que las leyes constitucionales posteriores al 25 de abril de 1974 por el presente capítulo no se considerarán leyes ordinarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente. Por su parte, el artículo 290.2 dispone que las leyes ordinarias antes de la entrada en vigor de la Constitución siguen vigentes, siempre que no sean contrarias a la Constitución o a los principios contenidos en la misma.

La Constitución Portuguesa, de acuerdo con las normas revisadas, contiene diversas disposiciones que reflejan la especial posición del Derecho Constitucional. Cada una de estas normas demuestra el rol de la Constitución en el sistema jurídico portugués y la relación entre el orden ordinario o común y el orden constitucional, así como del derecho anterior y posterior a la Constitución, el que continúa vigente, siempre que no se oponga al Derecho Constitucional. La Constitución contiene una recepción expresa del derecho internacional dentro del orden jurídico interno al disponer que las normas y principios del derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués.

4.5 Constitución española de 6 de diciembre de 1978

La Constitución española de 1978 es la primera en la historia de España que puede invocarse ante los tribunales, aunque ninguna norma legislativa haya sido aprobada en conformidad con las disposiciones constitucionales (PEREIRA, 1999, p. 221 y ss.). Por eso en España, para algunos autores, el derecho constitucional no es sólo la rama más importante del Derecho, sino también su única *rama sustantiva*, la base de las demás ramas del derecho (civil, penal, administrativo, procesal). Se

trataría de una especie de nuevo *Derecho Común* básico o de “*Common Law* español” (FERNÁNDEZ, 1989, p. 37 y ss.), con la diferencia de que el Derecho Común antiguo era supletorio y no soberano (PEREIRA, 1999, p. 231).

Los principios jurídicos tradicionales del Código Civil español han perdido la supremacía indiscutida que mantuvieron durante un siglo, y dan lugar a un derecho constitucional activista y autoexpansionista, que se impone sin discusión. Por lo menos hasta el momento en que el “*Derecho Común*” europeo-comunitario apareció con la misma tendencia expansionista, amenazando la supremacía de la Constitución española (PEREIRA, 1999, p. 222). La propia Constitución de 1978 contiene normas que pretenden reflejar esta especial posición del Derecho Constitucional.

Así, su artículo 1.1 declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por su parte el artículo 9.1 dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. A su vez, el artículo 9.3 señala que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por su parte el artículo 10.1 declara que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Asimismo, de acuerdo

al artículo 103.1, la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. De acuerdo al artículo 117.1, la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Conforme al artículo 161.1, el Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Por otra parte, en la disposición adicional primera la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. En cuanto a la compatibilidad entre el derecho anterior y la nueva Constitución, la disposición derogatoria tercera dispone que queden derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

Por su parte, a nivel del ordenamiento común también podemos encontrar normas que dan cuenta de la relación entre las dos órdenes. Por

ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 6 de 1 de julio de 1985 (Boletín Oficial del Estado N° 157, de 2 de julio de 1985; corrección de errores en Boletín Oficial del Estado N° 264, de 4 de noviembre de 1985), y la Ley Orgánica del TCE N° 2 de 3 de octubre de 1979 (Boletín Oficial del Estado N° 239, de 5 de octubre de 1979). La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 1 declara que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables, sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley. Asimismo, el artículo 3.1 señala que la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.

El artículo 4 señala que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes. A su vez, el artículo 5.1 declara que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme con la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Asimismo, de acuerdo al artículo 6, los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Por su parte, la Ley Orgánica del TCE en su artículo 1.1 declara al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, estableciendo su independencia de los demás órganos constitucionales y sometiéndolo sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

Asimismo, el artículo 27.1 dispone que en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantizará la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados.

Cada una de las normas demuestra el rol y la importancia de la Constitución en el sistema jurídico español, destacando su carácter de norma jurídica vinculante. A partir de la Constitución pasando por las normas orgánicas constitucionales se establece el carácter de intérprete supremo del TCE. Se establece el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional respecto de la jurisprudencia de la judicatura ordinaria. Esta última resulta modificada por la interpretación que realiza el TCE a través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley. Sin embargo, la Constitución Española somete al Poder Judicial únicamente al legislador, en cambio la Ley Orgánica del Poder Judicial los somete a la Constitución y al imperio de la ley. A partir del derecho común u ordinario se establece una debida correspondencia entre los dos órdenes. Así los jueces y tribunales deberán interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico español conforme con las interpretaciones contenidas en los fallos del TCE, independiente del proceso en que se realicen.

CONCLUSIONES

Materialmente la Constitución es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos. En sentido formal, es el documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede

atribuir valor más que si se observa la realidad en un grado mínimamente razonable, puesto que tener una espléndida constitución, en sentido formal, está al alcance de cualquiera.

El Derecho forma un repertorio de soluciones para casos de conflictos basadas en criterios de justicia natural y procedimental. No necesariamente forma una pirámide, un sistema, ni un ordenamiento. Existe Derecho cuando un tercero imparcial y que no ha sido nombrado por ninguna de las partes, hallándose éstas en pie de igualdad ante el juzgador y ante las reglas que va a aplicar. Se produce por medio de sentencias, contratos, normas y costumbres. En su producción intervienen, además, los principios, la equidad, las opiniones de autoridad y las reglas jurídicas naturales. Se expresa, sobre todo, a través de las sentencias judiciales.

A partir de la concepción de Constitución en su aspecto normativo, esto es como una norma justiciable o directamente aplicable, sumado a la existencia de un órgano encargado de su interpretación y aplicación, la relación entre ella y el Derecho ordinario es cada vez más estrecha. Cualquier asunto, incluso de naturaleza privada -por ejemplo, la propiedad sobre un determinado bien-, puede constitucionalizarse. Así las cosas, quienes lo tendrán que resolver, ya sea de manera directa o indirecta, dependiendo del sistema de control constitucional que exista, serán los jueces constitucionales.

Los Tribunales Constitucionales u órganos encargados de determinar el sentido y alcance de la Ley Suprema controlan tanto el Derecho constitucional como el Derecho no constitucional u ordinario. En especial, en aquellos países donde tienen competencia en materia de Derechos Fundamentales. El sistema Alemán es un claro ejemplo de este fenómeno. Lo mismo sucede, aunque en menor grado, con el Tribunal

Constitucional Español, por la vía del amparo constitucional, y con el Consejo Constitucional francés, a partir de su competencia para conocer de la cuestión prioritaria de constitucionalidad. Quizás, con mayores reparos, lo mismo se podría decir del Tribunal Constitucional Chileno, en particular debido a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Las normas constitucionales analizadas demuestran claramente la permanente y estrecha relación entre el orden ordinario y el orden constitucional. Las diversas Constituciones objeto de estudios reiteradamente se remiten a la Ley y a la Constitución, estableciendo diversos puntos de conexión, estrechando la relación entre el derecho ordinario y el derecho constitucional otorgándole una especial posición al Derecho Constitucional dentro de cada ordenamiento jurídico, lo que en ningún caso implica que la Constitución contenga todo el Derecho, dado que ni siquiera agota el Derecho Constitucional en atención al límite impuesto al poder soberano de los Estados, por los Derechos Humanos, por ejemplo, la Constitución alemana contiene normas que no sólo reflejan la importancia y especial posición del Derecho Constitucional, sino también disposiciones que le otorgan una primacía a las normas generales del Derecho internacional público sobre el derecho común, creando directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal o el caso chileno el deber de observancia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenido no solo en la Constitución, también en tratados internacionales ratificados y vigentes de acuerdo al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución de 1980.

REFERENCIAS

AGUILAR CARVALLO, GONZALO. “El Dialogo Judicial Multinivel”, en *La Internacionalización del Derecho Público*, en Manuel Antonio Núñez Poblete (Valparaíso, Thomson Reuters La Ley), 2015, pp. 277-313.

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE. “El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución”, en **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 8, N° 24, 1998, pp. 191-210.

BASSA MERCADO, JAIME. **El Estado Constitucional de Derecho: Efectos Sobre la Constitución Vigente y los Derechos Sociales**, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008.

BELLAMY, RICHARD. “La forma Política de la Constitución: La separación de los poderes, derechos y democracia representativa”, en **Estudios Políticos**, N° 44, 1996, pp. 436 ss.

BOBBIO, NORBERTO. **El problema del positivismo jurídico**, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado”, en **Derecho Mayor, Universidad Mayor** (N° 3), 2004, pp. 47-63.

— “Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno”, en *A.A.V.V.*, **Derecho civil constitucional**, México, Grupo Editorial Mariel, 2014, pp. 1-16.

D'ORS, ÁLVARO. **Escritos varios sobre el Derecho en Crisis**, Madrid, Cuadernos, Instituto Jurídico Español, Rome, 1973.

__ **Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo**, Madrid, 3ª edic., Cuadernos Civitas, 2001.

DICEY, ALBERT V. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Wade**, Londres, 8ª edición, Liberty Classics, 1982.

DWORKIN, RONALD. **Los Derechos en serio**, Traducc. Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ CARVAJAL, RODRIGO. “Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo derecho común”, en **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, N°1, 1989, pp.37-46.

FINNIS, JOHN. **Ley Natural y Derechos Naturales**, Traducc. Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2000.

GARROTE CAMPILLAY, EMILIO ALFONSO. “¿Qué debe contener una Constitución?: A propósito de los derechos sociales de carácter prestacional”, en **Diario Constitucional**, Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/que-debe-contener-una-constitucion-a-proposito-de-los-derechos-sociales-de-caracter-prestacional/>, 2012.

HART, H.L.A. **El concepto de Derecho**, Traducc. Genaro R. Carrio, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963.

HOBBS, THOMAS. **Leviatán**, Barcelona, Editorial Altaya, 1997.

KELSEN, HANS. **Teoría pura del Derecho: Introducción a la ciencia del derecho**, (Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1987.

LASSALLE, FERDINAND. **¿Qué es una Constitución?**, Traducc. Wenceslao Roces, Barcelona, Editorial Ariel, 2012.

MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO. “Prólogo de la segunda Edición Chilena al libro Teoría Constitucional y Otros Escritos”, en **Pereira Menaut, Antonio Carlos**, 2ª Ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales**, 3ªEd. Santiago, Editorial Librotecnia, tomo I, 2010.

___ “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia, en **Estudios Constitucionales**, AÑO 13, N° 2, 2015, pp. 301-350.

NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA. “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, en **Anuario de Derechos Humanos**, N° 11, 2015, pp. 157-169.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS. **Sistema Político y Constitucional de Alemania. Una Introducción**, Santiago de

Compostela, Tórculo Edicións, 2003.

___ **Teoría Constitucional y Otros Escritos**, 2ª ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006.

___ “A Constituicao como Direito: A supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA. Sobre a relacao entre o direito constitucional e o direito ordinario nas constituicoes americana e española”, en **Boletín de la Facultad de Direito**, 1999, v. 75.

RAWLS, JOHN. **Una teoría de la justicia**, Traducc. María Dolores González, Cambridge, The Belknap Press of de Harvard University Press, 1971.

ROSS, ALF. **Sobre el derecho y la justicia**, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, 1970.

SILVA GARCÍA, FERNANDO. “El control judicial de las leyes con bases en tratados internacionales sobre derechos humanos”, en **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, 2006, pp. 231.253.

SMEND, RUDOLF. **Constitución y Derecho Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS Y ZÚÑIGA

FAJURI, ALEJANDRA. **Curso de Filosofía del Derecho**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

UPRIMNY, RODRIGO. **Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal**, Bogotá, Escuela Judicial, 2006.

VINOGRADOFF, SIR PAUL. **Introducción al Derecho**, Fondo de la Cultura Económica, México, 1967.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. **El derecho dúctil. Ley derecho y justicia**, Traducc. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Como citar: CAMPILLAY, Emilio Alfonso Garrote. Derecho Constitucional y Derecho Ordinario na estrecha y permanente relación a partir de la constitución: un análisis de legislación comparada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 10-40, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/06/2017

Aprovado em: 19/07/2017

THE PROTECTION OF MINORITY LANGUAGE: WHETHER A TOOL FOR THEIR PROTECTION?

A PROTEÇÃO DA LÍNGUA MINORITÁRIA:
QUAL FERRAMENTA PARA SUA PROTEÇÃO?

Kamal Ahmad Khan*

Como citar: KAMAL, Ahmad Khan. The protection of minority language: whether a tool for their protection? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p.41-63, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p41. ISSN: 2178-8189

Abstract: Language in its most developed forms is a priceless creation of man. It has always been a matter of slow evolution and no language can claim to have been born perfect or complete. Its evolution has marked its progress and in the evolution of human civilization languages have grown, decayed and even died, though not without leaving their impress behind in their offshoots. Language is the key to all intellectual and a great part of spiritual life. A common language makes possible free and familiar intercourse between two human beings and creates a bond between them. More than this each language, with its choice of words, its turn of phrase, its every idiom and peculiarity, is a sort of philosophy, which expresses the past history, the character, the psychological identity of those accustomed

* Phd em Direito pela Universidade de Lucknow – Índia (2006). NET pela University Grant Commission. New Delhi (1998). LLB em Direito pela Universidade de Lucknow – Índia (1998). LLM em Direito pela Universidade de Lucknow – Índia (1994). Pós Graduado em Direito Internacional e Direito Administrativo pela Universidade de Lucknow – Índia. Graduado em Direito pela Avadh University – Índia. Professor associado do Curso de Graduação, Pós- Graduação e Pré-PhD em Direito na University of Lucknow. Email: kahmad@rediffmail.com

to use it. It is an instrument which, molded by the future. It is difficult for a foreigner to adopt the language of a people without in some way also adopting their habit of mind, and a child sucks in a sense of nationality within the very rhymes that it learns in the nursery. Language disappears by the destruction of the habits of their speakers, as well as by genocide, forced assimilation and assimilatory education, demographic submersion, and bombardment by electronic media, which may be called cultural nerve gas. The loss of language is part of the more general loss being suffered by the world, the loss of diversity in all things. In this background, the purpose of this paper is to assess the nature and extent of minority language rights, that are protected in human rights international treaties, measures that aims to protect speakers of minority languages from discrimination and to analyze the effectiveness of procedural and substantive measures adopted both at the national and international level.

Keywords: Language. Minority. Linguistic Rights. International Declarations and Conventions. State Practice.

Resumo: A linguagem em suas formas mais desenvolvidas é uma criação inestimável do homem. Sempre foi uma questão de evolução lenta e nenhum idioma pode dizer ter nascido perfeito ou completo. Sua evolução marcou seu progresso e, na evolução das linguagens da civilização humana, cresceram, deterioraram-se e até morreram, embora não sem deixar

suas impressões atrás em suas ramificações. A linguagem é a chave para todos os intelectuais e uma grande parte da vida espiritual. Um idioma comum possibilita a relação livre e familiar entre dois seres humanos e cria um vínculo entre eles. Mais do que isso, cada linguagem, com sua escolha de palavras, sua expressão de frase, é toda linguagem e peculiaridade, é uma espécie de filosofia que expressa a história passada, o personagem, a identidade psicológica daqueles acostumados a usá-la. É um instrumento que, moldado pelo futuro. É difícil para um estrangeiro adotar a linguagem de um povo sem, de certo modo, adotar seu hábito de pensar, e uma criança é um alvo de nacionalidade dentro das próprias rimas que aprende no berçário. A linguagem desaparece pela destruição dos hábitos de seus falantes, bem como por genocídio, assimilação forçada e educação assimilatória, submersão demográfica e bombardeio por meios eletrônicos, que podem ser chamados de gás nervoso cultural. A perda de linguagem é parte da perda mais geral sofrida pelo mundo, a perda de diversidade em todas as coisas. Neste contexto, o objetivo deste trabalho é avaliar a natureza e o alcance dos direitos linguísticos das minorias, medidas que visam proteger os falantes das línguas minoritárias da discriminação e analisar a eficácia das medidas processuais e substantivas adotadas tanto a nível nacional como internacional.

Palavras-chave: Idioma. Minoria. Direitos linguísticos. Declarações e convenções internacionais. Prática estadual.

INTRODUCTION

There is a consensus regarding the meaning of the term language. The Roman House Unabridged Dictionary defines language as a body of words and system used for communication. The Oxford English Dictionary described the term, as the “whole body of words and methods of combination of words used by a nation, people, or race,” for the purposes of expressing their thoughts, feelings, wants etc. If we pursue the dictionary definition of a language, as presented above, a linguistic group would be, a community of people having the same form of speech or simply a group with the same language. A linguistic minority would then be a group whose language does not enjoy a dominant position in the state. Ermacora (1983, p. 295), the legal expert has defined it as “[...] a group whose persons use a language in writing and or orally, in private and in public, which differs from the use of the language in a given territory and which is not considered the national language; the aim of this group is directed towards upholding and taking care of this language”.

This definition sounds reasonable enough. The non-dominant position of the language concerned is not stated clearly or adequately here, but it is implicit in the expectation that the language should have national (official status). This is the pivotal point. After all, if the language of a minority should emerge at some point as the dominant language in a state, the group in question would cease to be a linguistic minority.

1 MINORITIES AND CLAIM FOR PROTECTION

There are many kinds of minorities in international law. The discussion with protection of minority language is concentrated with

certain basic kinds of minorities like ethnic, religious and linguistic minorities. The protection of minority is meaningless unless linguistic rights of the minorities irrespective of its kinds, is protected. The word ethnic comes from ‘ethnos’, a Greek word that means ‘race’, culture, or people (RANDOM HOUSE, 1996, p. 489). Ethnicity thus describes the features or peculiarities of a people, a cultural, racial, religious, linguistic, national, etc. (RANDOM HOUSE, 2002, p. 665). International Encyclopedia of the Social Sciences (1962, p. 178) defines it as ethnology has come to mean comparative study of documented and contemporary cultures and has largely excluded their bio- anthropology, archeology, and linguistics.

Thus, an ethnic minority is defined as a social group that shares “a common and distinctive culture, religion, language or the like.” As the word ‘or’ suggests in the above passage, the weight that should be given to the racial, religious, linguistic or cultural is unclear. That is why; it is not uncommon to see writers confusing an ethnic minority with a racial, or linguistic or religious one.

Article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights addresses itself to persons belonging to “ethnic, linguistic, or religious minorities and their rights” to enjoy their own religion or to use their language,” prompting some writers to agree that the order of the words used suggests that ethnicity reflects culture.

It is difficult to understand culture in isolation from religion and language. Similarly describing an ethnic group without regard to its linguistic and religious characteristics is not justifiable.

The practice of states is no less bewildering. For example, Jews are treated in Hungary as an ethnic minority in Iran as a religious minority (UNGARISCHES INSTITUT, 1992), and in France as neither of the two.

The Government of Trinidad and Tobago, India, Malta, Benin, France and Republic of Korea have mentioned that the phrase ‘ethnic minorities’ has no practical meaning or applicability in their countries.¹ The most central and South American government has said that they have only one type of ethnic minority, namely the descendants of the natives². In Portugal and Spain, only one type of ethnic minority is said to exist, the “Roma”³. However, there are states that admit to possessing a number of ethnic minorities, as many as fifty or more⁴.

From the history of human communities, the formation of an ethnic group has not always been triggered by a single factor, be it language, religion or culture. Thus whereas in eastern and central Europe it was language that played a central role, in the Muslim world it was religion. As Kemal Karpat (1985, p. 97) emphasizes:

Ethnicity, or ethnic identity, may have certain tangible roots such as language, religion, education, organizational membership, personal identification with a group, media use etc. However, the operational or practical dimension of ethnicity, that is, its effects, are determined to a very large extent by the socio-political system and its ideology.

However, an ethnic group is composed of persons that share the same cultural identity as reflected in their values, traditions and customs. Such persons, generally, are unified by a common language or religion, and sometimes even by a common ancestry. However, to be accepted

1 The views expressed by governments of Trinidad and Tobago (E/CN.12/1989/SR.19, p. 2); The Republic of Korea (CCPR/C/68/Add. 1, p. 70); India (CCPR/C/37/Add. 13, p. 29); Benin (E/CN.4/1994/72, p. 9).

2 The statements of the Governments of Columbia (E/CN.4.2/1992/37/Add. 1, p. 5), Nicaragua (ORHRC 1989/90, v. 11, p. 221).

3 CCPR /C/58/Add. 1, p. 37.

4 The Vietnamese report, in CCPR/C/26/Add. 3, p. 31.

as ethnic minority a group should also satisfy other prerequisite, than possessing a cultural identity, such as being in a non-dominant position.

Since culture, religion and language internet with one another, the dividing line between such groups can sometimes be hard to discern (MACARTNEY, 1968, p. 7). Religion is a powerful force in shaping the culture and traditions of religious communities. As result, it is used, and continues to, capitalized by politicians for political or other objectives. Governments and men use or attack religion and language to justify the pursuit of power, prestige, or ethnic self-interest. It is precisely because both religion and language are important magnets around which individual cluster that they have and still are exploited during power struggles or for achieving national unity. What is guaranteed to minorities is merely the right to use their own culture and language and to profess their religion, although the kind of religion, language and culture that is protected has not been fully clarified. It is also not clear how states are to identify religious, linguistic and cultural groups.

The problem to protect minority language is linked to the contradictory consequences of democracy. As government by discussion, democracy calls for unity of language, but by giving all social classes from all parts of the state to participate in the government, it prevents linguistic and religious unity at the government level in multilingual states. Democracy may tend simultaneously towards uniformity and diversity.

In earlier days, when to govern was to order and when the order was transmitted verbally, the existence of many languages in a state did not create a serious problem. Modern states are different. Their administration is nationwide and highly formalistic, impersonal, very technical contacts with it are far more numerous, and consequently, the

problem raised by linguistic minorities is for more complex.

Colonization and globalization have been another attack on language of the minorities. Western European languages appear to play an important function and have been claim to endanger the indigenous languages (MUFWENE, 2002, p. 167). European colonization of the past four centuries has contributed to the predicament of languages around the world, as it has introduced new socio-economic world order that have pre-empted the usefulness of some languages. Thus, the idea of modernization, rapid spread of new technologies and ideas through education and mass media, most of the leaders and planners had been molded, partly through their Western education, into believing in the superiority of the languages of the colonial powers. As the Ghanaian linguist Ansre (1979, p. 13) points out that linguistic imperialism has a subtle way of wrapping the minds, attitudes and aspirations of preventing him from appreciating and realizing the full potentialities of the indigenous languages. Victims of it are often convinced that despite the fact that large numbers of the public may not be able to speak the foreign language, it is good for the country.

Language does not have independent lives from their speakers. Speakers make their languages as they speak; and cultures are being shaped as members of particular communities behave in specific ways. These dynamic systems keep evolving as people behave linguistically and otherwise and as they keep adopting these systems to new situations. Thus languages co – evolve with their speakers. Language shift, which is the main cause of language endangerment and death, part of this adoptive co- evolution, as speakers endeavor to meet their day to day communicative needs. Linguistic changes are not bringing about cultural changes but it echo cultural changes. Language shift is no more than an

adoptive response to changes in a particular culture, most of which have been identified as a socio-economic ecology. Takes the case of Sanskrit, the pride of Hindu culture had become a dead language in the time of Buddha, not in the sense that it was forgotten but in the sense that it was not in common use. Similarly Latin, the language of the learned and symbol of cultural unity in Europe is now a dead language and it is reduced to be used in the religious ceremonies and ceremonial functions of European universities (WADIA, 1991, p. 19). Similarly Persian and Urdu were the court language during Mughal period in India but now these minority languages have been reduced to poetic language, generally used in public gathering of mushayra.

Thus, argument for language maintenance, without arguments for concurrent changes in the present socio-economic ecologies of speakers seems to ignore the centrality of native speakers to the whole situation.

Another argument raised towards monolingual policy, is to bring national unity. Hans Dua (1985, p. 177) points out that language policies followed in many under developed countries favor the colonial languages of wider communication and ignore the multilingual reality of linguistically heterogeneous developing nations by inculcating one language policy for national unity. Debi Pattanayak (1988, p. 380) answers the question whether a country of many languages is not always threatened by disintegration in affirmative and argues that it is in the same sense that a plural world is always threatened by disintegration. No more, no less. If this leads one to the position that all languages in the world should give way to a single language, all religions should merge into one, all ethnicities should merge and fuse into one, is arguing in favor of a reductionism which fraught with serious consequences for the survival

of humanity. Ecology shows that a variety forms is a prerequisite for biological survival. Monocultures are vulnerable and easily destroyed. Plurality in human ecology functions in the same way. One language in one nation does not bring about equality or harmony for members or groups of the nation.

2 APPROACHES FOR PROTECTION OF MINORITY LANGUAGE

The approach supported by Perry Killer (1996, p. 59) is based on the notion that language is a fundamental element of personal identity. If so, then there must be congenial supportive cultural and linguistic environment for individual's personal development. Such environment is also necessary for members of cultural and linguistic majorities. In this context the traditional model of equality that attempts to ensure freedom from discrimination or unwarranted interference, is not sufficient to ensure the members of cultural and linguistic minorities the same range of possibilities in life as those of majority community. So the concept of intelligible differentia clause should be adopted in which the languages, religions and cultural practices of minority groups should be given proper respect in public culture and institution of a society with state support.

Another basis of linguistic right of the minorities is ecological one, under which linguistic diversities is valued.

The third basis of the right may be to protect the identity of the individual group and to establish stable society. Rita Izsak (2013) supporting the third argument emphasized in her report- "Language is a central element and expression of identity and of key importance in the preservation of group identity. Language is particularly important to linguistic minority communities seeking to maintain their distinct group

and cultural identity, sometimes under conditions of marginalization, exclusion and discrimination.”

The interpretation of ‘All human beings are born free and equal in dignity and rights’ as mentioned in Article 1 of the UN Declaration of Human Rights refers that equality in dignity and rights presupposes respect for the individuals identity as human being. Thus respect for a person’s dignity is intimately connected with respect for the persons’ identity and consequently for the persons language (DUNBAR, 2001). It has been further emphasized that both, rights of nondiscrimination and of maintenance and development of identity, serve to advance the primary function of human rights law, respect for human dignity: linguistic rights, and minority rights in general, ensure that minorities are able to realize and enjoy rights that the majority might be able to enjoy on its own (OSCE, 1999).

The Minority Language Charter also emphasizes that the protection of the historical regional or minority languages of Europe, some of which are in danger of eventual extinction, contributes to the maintenance and development of Europe’s cultural wealth and traditions.

3 OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS MAKING SPECIFIC REFERENCE TO MINORITIES

The Minorities Treaties of the League of Nations emphasized on the protection of minority language. The Polish Minority Treaty, 1919 provides that the Polish nationals, who belong to racial, religious or linguistic minorities, shall enjoy the same treatment and security in law or in fact as other Polish nationals. In particular, they shall have an equal right to establish, manage and control, at their own expenses,

charitable, religious and social institutions, schools and other educational establishments with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein⁵. The commentary on Article 9 of the treaty further emphasized that minorities were entitled to primary schools in certain specified instances and to private schools without limitation. The essential feature of such schools was the use of minority languages as the medium of instruction. The State could demand that the official language be studied, but it could not require that certain subjects be taught only in that language (ROBINSON, 1943, p. 215).

Article 13 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 reiterates the substance of Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights on the purposes of education that education shall enable all persons to participate effectively in a free society. Article 13 refers to the liberty of parents to choose schools, other than those established by the public authorities, which ensure the religious and moral education of their children in accordance with their own convictions.

Article 28 and 29 of the UN Convention on the Rights of the Child 1989 suggest that education should be directed to: the development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate and for civilization different from his or her own. Protocol 1 of Article 2 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 refers that no person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions, which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical

⁵ Text in Protection of Linguistic and Racial Minorities by the League of Nations. Geneva, aug. 1927.

convictions. Article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights 1966 emphasized that persons belonging to ethnic, religious or linguistic minorities shall not be denied the right, in community with the other members of the group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.

Article 4.3 of the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities 1992, extending the meaning of Article 27 of the CCPR 1966 directs: “State should take appropriate measures so that whenever possible, persons belonging to minorities have adequate opportunities to learn their mother tongue or to have instruction in their mother tongue” (UNITED NATIONS, 1992).

The Minority Language Charter sets the importance of language rights firmly in the context of the positive value attached to cultural diversity for its own sake. The preamble to the Minority Language Charter provides that the protection of the historical, regional or minority language of Europe, some of which are in danger of eventual extinction, contribute to the maintenance and development of Europe’s cultural wealth and traditions.

CONCLUSION

Thus, it is clear that both international law and human rights law provide protection to some extent to the language rights of the minorities, but it is clear that the present provisions falls well short of a comprehensive and coherent package. The obligation imposed on states with respect to the protection of minority language by the International Covenant on Civil and Political Rights and ECHR, Copenhagen

Declaration, etc.... can be seen as a limited attempt to redress a gap in the UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, where it was decided not to include any provision which specifically addresses cultural genocide.

Likewise, the Framework Convention contains binding legal obligations but it was clouded by the proviso that this guarantee is subject to the measures taken by the states in pursuance of their general integration policy. Therefore, an integrationist policy towards minorities is not inconsistent with cultural and linguistic plurality.

State funding to minority institution established on religious basis is found discriminatory. Human Rights Committee found that a law that provided public funding to Roman Catholic schools but no other religious schools is violator of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee found that the ICCPR does not oblige state parties to fund schools, which are established on a religious basis. The Committee recommended “[...] if a State party chooses to provide public funding to religious schools, it should make this funding available without discrimination. Thus providing funding for the schools of one religious group and not for another must be based on reasonable and objective criteria.”

Similarly, in Scotland, there is a significant Urdu-speaking population, but State funding is limited to Gaelic medium educational institution on the ground that Scotland special measures of support excludes so-called immigrant languages.

Paragraph 63 of the explanatory report to framework Convention makes clear that reference to the use of the minority language in public life is restricted to its use in public places or in the presence of others, and is not concerned with communications with public authorities, or

the use of the minority language in official context.

Article 27 of the ICCPR merely provides that States shall not deny members of the linguistic minorities the right use their own language, the positive measures by the State is also necessary to protect the identity of the minority and rights of its members to enjoy and develop their culture and language in community with other members of the group. Article 27 may impose positive obligation on State to support minority identity, it provides no guidance as to what measures are required. Hence States are left with wide discretion to decide the modalities of its application.

A considerable importance has been given on the role of minority language education. The rights of persons, belonging to minorities to maintain their identity can only be fully realized if they acquire a proper knowledge of their mother tongue during the educational process. This aspect requires the active commitment of educational institution, the right to set up schools without any guarantee of State support is hallow right in the context of minority language communities, which are often economically weak and vulnerable.

After independence from colonial rule, Universal Primary Education policy was adopted with the hope that the damage done by the colonial powers could be remedied. India wrote in her constitution of 1947 that a general eight year education for all was the goal by 1960. During 1960s most regions of the world where UPE did not exist, UPE was seem as a human right which had been formulated already in Article 26 of the UN Universal Declaration of Human Rights which affirms every body's right to free and compulsory education at the elementary level. Nevertheless, the Declaration did not mention in which language this education should be conducted. However, there is not one word about

language in the main body of the Addis Ababa report (COLONNA, 1975).

The negative attitude of the state towards minority language protection often coincides with public opinion within society. Aline Sierp (2003) finds that in most European countries with minority populations, being able to speak the majority language associated with modernity and development, whereas speaking a dialect or a minority language was regarded as an expression of backwardness and poverty. These prejudices are still prevailing in most societies and result in very centralized linguistic politics.

In 1990s, the principle of non-discrimination has been reiterated and reinforced in various instruments relating to minorities. This principle ensure that speakers of minority languages are not subject to discrimination at the hands of the States, it does not ensure that such persons obtain governmental services through the medium of their language.

Article 14 of the Framework Convention is more problematic. It provides that right of every person belonging to national minority to learn his or her minority language so that they can preserve their identity. However, the ambiguity lies in the fact that Paragraph 1 of Article 14 does not imply positive action of financial nature on the part of the state.

Article 14(2) of the Convention also gives an opportunity to the State to avoid protection to the minority language by changing demographic composition, because the right is available in area inhabited by persons belonging to the national minority traditionally or in substantial numbers.

The minority must put their sufficient demand in the area where the language is spoken traditionally or in substantial number, there is no indication in the convention of how sufficiency of demand is to be

determined. This is again depends upon the discretion of the State to decide the sufficiency of the demand. The ‘word endeavor’ used in paragraph 76 of the Framework Convention is also misleading in respect of effectiveness of the protection. The paragraph says that States are only required to endeavor to ensure, as for as possible and within the framework of their educational systems. Furthermore, paragraph 75 expresses soft corner with the State giving it chance of alibi of poor finances and the technical difficulties associated with instruction of or in minority languages.

Minority Language Charter has broadened the measures of positive support of state. The Charter contains a wide range of provisions with respect to both the teaching of and the teaching through the medium of the regional or minority language at pre-school, primary and secondary levels, as well as the training of teachers and the monitoring of performance, but the requirements for achieving the above right is inconsistent with the notion that minority language rights are fundamental rights. The Charter gives States a wide discretion in the choice of positive measures of support, which they are obliged to implement. There is no guarantee that States will assure those obligations that are necessary and appropriate for minority language in question.

The promises made under Article 10(2) of the Framework Convention asking the States to ensure as far as possible to use the minority language in relations between those persons and the administrative authorities, suffers from many weaknesses as the provisions in the Framework Convention on education is concerned. Here also the word ‘endeavor’ and the phrase ‘as for as possible’, financial and technical difficulties, provide wide discretion to the State concerned to implement the directives of the convention. The Judicial Authorities

Charter also suffers from the weaknesses as stated above. The right access to minority language media must be understood as part of a broader right, namely the right to participate in cultural life, a right that is part of the Universal Human Rights canon.⁶ The legal provisions for the protection of linguistic minorities in media are consequently expected to be fairly well developed. The reality looks deferent.

The assurances, made under Article 19(2) of the ICCPR, Article 9 clauses 1,2 and 3 of the Framework Convention and Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of the National Minorities, to use their language in different kinds of media of expression for enhancing their cultural and linguistic identity, suffers from the trappings of discretionary words like ‘adequate measures,’ ‘a substantive number of members’ and ‘fair share’ etc.

So far as the provisions relating to rights of minorities in decision making affecting them, is concerned, they have also persuasive force on States. Whether it may be Article 2(3), 5(1) of UNGA Minorities Declaration, Articles 33 and 35 of the Copenhagen Declaration, Article 11 of the Minorities Protocol, or even the Minority Language Charter, imposes no significant requirement to involve the minority language community in decision making and linguistic planning process.

Thus the protection provided under various international instruments, though in patch work nature, have been able to create an awakening among the world community to consider the linguistic rights of minorities. Most of the States have been compelled to insert provisions in their constitutions for protection of minority language, culture and script. However, weak linkage between policy and planning render many

⁶ Article 1 of the 1992 United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, adopted by General Assembly Resolution 47/135. Available in: <<http://ungarisches-institut.de/dokumente/pdf/19920818-1.pdf>>. Access in: 12 jun. 2017.

policies ineffective. Convention and treaties adopted by international organizations and agreements recommending use of minority languages, without power to enforce them is ineffective. There are certain indicators that may measure the efficacy of minority language policy: The minority language should be linked with economy of the country, secondly, the will and attitude of the speech communities, without the interest of the speech community, any effort to promote institutional protection would be meaningless.

Thirdly, language policy of the government based on empirical and integrative socialistic studies will have effect (ROMAINE, 2002). Extra linguistic phenomena like ethno cultural settings of minorities, the historical, economic, and political developments, the speakers' loyalties and attitude and interest are important.

Factors such as linguistic changes, the amount of money spent, the number of conferences and meetings, and the active participation of the elite are not indicators of up lift of minority language. The object of language policy should be change that would result in spontaneous language use by large community of speakers.

However, making provisions and holding conferences to mourn on pathetic condition of minority language is not sufficient. It is the mindset of the policy makers and implementing authorities and the will of the Government, which can play a decisive role in bringing the expected result. A good provision may be a bad provision for minorities, if the persons working behind it, is of a bad lot.

REFERENCES

ANSRE, Gilbert. Four rationalizations for maintaining European languages in education in Africa. **African Language**, 5 (2), p. 10-17, 1979.

COLONNA, Fanny. Instituteurs algériens 1883-1939. **Office des Publications Universitaires**, Algeria, 1975.

DUA, Hans. **Language planning in India**. New Delhi: Harman Publications, 1985.

DUNBAR, Robbery. Minority language rights in international law. **ICQ**, v. 50, 2001.

ERMACORA, Felix. The protection of minorities before the United Nations. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, The Hague Academy of International Law, v. 182, 1983. Available in: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789024730698.247_370>. Access in: 12 jun. 2017.

IZSAK, Rita. Report. In: **UN Human Rights Council**, Geneva, 12 mar. 2013.

KARPAT, H. Kemal. The ethnicity problem in a multi-ethnic national Islamic State; continuity and recasting of ethnic identity in the Ottoman State. In: **Ethnic Groups and the State** edited by Paul Brass. New Jersey: Barnes and Noble books, 1985.

KILLER, Perry. **Justice and ethnicity**, 18 Oxford Journal of Legal

Studies, 1998.

MACARTNEY, Carlile Aylmer. **National states and national minority**. New York: Russell & Russell, 1968.

MUFWENE, Salikoko S. Colonization, globalization, and the future of languages in the twenty-first century. **International Journal on Multicultural Societies**, v. 4, n. 2, 2002.

OSCE. **Report on the linguistic rights of persons belonging to national minorities in the OSCE area**. The Hague: OSCE, 1999. Available in: <<http://www.osce.org/hcnm/42060?download=true>>. Access in: 12 jun. 2017.

PATTANAYAK, Debi P. Monolingual myopia and the petal of India lotus: do many languages divide or unite a nation? In: SKUTNABB-KANGAS, Tove; CUMMINS, James (eds.). **Minority education: from shame to struggle**. Clevedon: Multilingual Matters, 1988. p. 379-389.

PINKER, Steven. **The language instinct: the new science of language and mind**. London: Penguin Books, 1994.

RANDOM HOUSE. **Webster's encyclopedic unabridged dictionary of the English language**. New York: Random House Value Publishing, 1996.

_____. **Webster's unabridged dictionary**. 2. ed. New York: Random House Reference, 2002.

ROBINSON, James A. (et. al.). **Were the minorities treaties a failure?**

New York: Antin Press, 1943.

ROMAINE, Suzanne. The impact of language policy on endangered languages. **International Journal on Multicultural Societies**, v. 4, n. 2, 2002.

SIERP, Aline. Minority language protection in Italy: linguistic minorities and the media, **Journal of Contemporary European Research**, v. 4, n. 4, 2003. Available in: <<http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/viewFile/120/117>>. Access in: 12 jun. 2017.

SILLS, David L.; MERTON. Robert K. **International Encyclopedia of Social Sciences**. New York: Macmillan and Free Press, 1962.

UNGARISCHES INSTITUT. **Statement by the government of the republic of Hungary on Hungarian minorities**, 18 aug. 1992. Available in: <<http://ungarisches-institut.de/dokumente/pdf/19920818-1.pdf>>. Access in: 12 jun. 2017.

UNITED NATION. **Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. General Assembly resolution 47/135, 18 dec. 1992. Available in: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinoritiesDeclarationen.pdf>>. Access in: 12 jun. 2017.

WADIA, R. The sociology of language. **Azad Academy Journal**, Maulana Azad Memorial Academy, Lucknow, India, v. 1, n. 12, dec. 1991.

Como citar: KAMAL, Ahmad Khan. The protection of minority language: whether a tool for their protection? **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p.41-63, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p41.

ISSN: 2178-8189

Recebido em: 22/06/2017

Aprovado em: 21/07/2017

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURAS DE MERCADO EM UMA CONCORRÊNCIA PRATICÁVEL

ACTS OF ECONOMIC CONCENTRATION AND
MARKET STRUCTURES IN A WORKABLE
COMPETITION

Jackson Lima Rocha*
Renata Albuquerque Lima**
Lívyia Maria Vaz Cordeiro***

Como citar: ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívyia Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p.64-97, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p64. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo trata dos atos de concentração econômica em um contexto de análise das estruturas de mercado e a forma como estas auxiliam nos estudos sobre as características da concorrência praticável. Baseando-se em uma exposição didática, os autores analisam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dispositivos legais que são essenciais para o assunto. Trata-se, também, das diferenças entre as concorrências perfeita e praticável, das estruturas de mercado, sob a ótica do mercado relevante, bem como

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Integrante da Linha de Pesquisa Direito, Regulação e Desenvolvimento. Email: jaksonrocha7@hotmail.com.

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFCE). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFCE). Professora da Faculdade UNICHRISTUS. Professora Adjunta da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão (FLF). Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Regulação e Desenvolvimento. Email: realbuquerque@yahoo.com.

das principais formas de concentração que ocorrem entre as empresas que exploram a economia.

Palavras-chave: Atos de concentração econômica. Concorrência praticável. Estruturas de mercado.

Abstract: This paper analyzes ‘acts of economic concentration’ with the use of a market structure analysis, and explores the mode in which they assist research-based studies that examine the characteristics of fair competition. Moreover, with the use of a clear didactic exposition, these authors analyze the Brazilian Competition Defense System, the Administrative Council for Economic Defense, and specific norms that are of absolute importance to this subject matter. This study also differentiates ‘perfect competition’ from ‘workable competition’; investigates market structures through relevant markets; and explores the many forms of concentration that occur between companies.

Keywords: Acts of economic concentration. Workable competition. Market structures.

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Monitora da Disciplina de Hermenêutica Jurídica na Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Integrante da Linha de Pesquisa Direito, Regulação e Desenvolvimento. Email: livvaz95@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Diversos atos praticados pelas empresas que diariamente disputam em um mercado competitivo têm a potencialidade para causar alterações de cunho estrutural que variam de acordo com a intensidade em que se dão, podendo melhorar a quantidade ou a qualidade do produto ou serviço ofertados, mas também vindo a promover, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de barreiras para a entrada de novas empresas que venham a explorar a atividade econômica, bem como o aumento dos preços e, conseqüentemente, o estabelecimento de um intenso poder econômico diante do ramo em que atuam.

Este tão almejado poder, atributo que se apresenta das mais variadas formas, pode trazer benefícios e malefícios à economia, o que a curto ou longo prazo pode ser notado pelos agentes que movimentam o mercado, e entre estes, os próprios consumidores.

Diante desses atos que ocorrem nas mais complexas e variadas situações e condições, em meio a uma sociedade que se amplia e a cada dia se depara com novas técnicas e influências advindas do processo de globalização, acentuando-se na expansão de empresas até mesmo a níveis intercontinentais, deve-se haver uma maior cautela no que diz respeito à fiscalização e suporte legais, por meio das normas editadas pelo Poder Legislativo, com vistas a inovar o conjunto normativo que regula a defesa da concorrência, e, mais especificamente, os atos e contratos que se desenrolam mediante o fenômeno da concentração. Tal operação, portanto, deve ser feita de maneira eficaz, visando a colocação na prática dessas leis, de um modo que os resultados sejam evidentes para os agentes econômicos.

Dessa forma, objetiva-se nessa investigação a feitura de um

exame dos atos de concentração econômica que tenham a capacidade de alterar as estruturas competitivas presentes na economia atual, no que concerne às suas características, fatos históricos e institutos auxiliares para a melhor compreensão do tema.

A argumentação é baseada nas normas existentes no ordenamento jurídico do Brasil, bem como nos estudos desenvolvidos pelos pesquisadores dessa área que se desenvolve constantemente, exigindo elevado grau de observação por parte da doutrina e órgãos responsáveis pela consecução das normas de defesa da concorrência e apreciação das práticas empresariais que afetam economia em seus mais diversos setores e especificidades.

Através disso, verifica-se ainda a importância de tratar das finalidades que justificam a proteção constitucional da livre concorrência, pois tais objetivos envolvem valores de natureza pública e essenciais à manutenção da ordem e segurança jurídica na sociedade.

Dá-se particular relevância à concorrência praticável, ou *workable competition*, como se verá no decorrer do estudo, uma vez que esta molda e atualiza as tradicionais concepções das estruturas de mercado.

Realiza-se, também, uma abordagem dos tópicos relacionados ao mercado relevante, com atenção especial à Resolução nº 49 do Cade, e às estruturas de mercado existentes para compreender os espaços físico e jurídico nos quais acontecem o fenômeno concentracionista e finalizando com uma amostra explicativa das principais formas de concentração que geralmente ocorrem no cotidiano das atividades empresarial e econômica em geral.

Salienta-se que o estudo, sempre que necessário, dará ênfase à atuação dos agentes em face dos benefícios que eles venham a trazer

à sociedade e às pessoas individualmente consideradas, visto que os cidadãos devem ser respeitados e ter prioridade nas apreciações feitas pelos órgãos de defesa da concorrência e, principalmente, na própria formação de acordos e nas práticas econômicas. A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil de acordo com a Constituição de 1988, deve orientar também os estudos, atos e opiniões econômicas, e é isso que se busca na presente investigação (BRASIL, 1988).

1 NOÇÕES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A legislação brasileira dispõe de diversas normas que versam sobre aspectos relacionados à defesa da concorrência, e conseqüentemente, ao controle dos atos de concentração. A própria Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, em seu texto de importância ímpar ao estudo aqui proposto, dispõe sobre o tema, dentre outros dispositivos, no § 4º do seu Art. 173, da seguinte maneira: “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Acerca da atuação estatal no sentido de efetivar os pressupostos constitucionais, sob a ótica do Estado regulador e dos importantes direitos fundamentais, Lima (2014, p. 34) afirma:

A Constituição Federal de 1988, no que respeita, principalmente, aos Arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, confere outra finalidade ao exercício da atividade econômica, qual seja o atendimento,

em paralelo ao lucro, dos direitos e garantias fundamentais, bem como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se da verificação da dimensão socioeconômica da iniciativa privada, bem como de sua capacidade de promoção do bem-estar social, ou seja, é a reversão da obtenção dos proveitos para também beneficiar a coletividade, seja no investimento em infraestrutura, modernização e universalização do serviço público, diminuição das desigualdades, etc.

Sendo assim, é com base no texto constitucional que opera o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC, que, de acordo com o Art. 3º da Lei nº 12.529 de 2011, é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (BRASIL, 2011). Tal norma ainda afirma que o Conselho e a Secretaria abordados possuem as atribuições trazidas nesta Lei, a qual, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Ademais, é válido ressaltar o fato de que a Lei nº 12.529/2011 revogou os dispositivos da conhecida Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), muito marcante no desenvolvimento da legislação antitruste no Brasil e que, dentre outras providências, transformou o Cade em autarquia.

Para o estudo que aqui se pretende trazer, todavia, faz-se necessário, *de per se*, uma abordagem mais minuciosa do trabalho desempenhado pelo Cade, visto que a este é designado a função da apreciação dos atos de concentração. Da Lei nº 12.529/2011 pode-se, ainda, obter o conceito legislativo do Cade, pois do seu Art. 4º tem-se que é a “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional,

que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

Porém, após a leitura da Lei, para evitar comparações equivocadas no que diz respeito à atuação do Cade no Brasil, é preciso pontuar as sábias palavras de Masso (2013, p. 166), segundo o qual:

O Cade na condição de autarquia não realiza função jurisdicional, é bom lembrar que o nosso sistema não é o francês. Quando lemos “jurisdição” devemos pensar em aplicação administrativa da legislação contra o abuso do poder econômico, o que não veda a apreciação judicial quando for o caso. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência representa de forma bem clara a atuação indireta do Estado no domínio econômico. Diante da leitura das competências dos vários órgãos criados, é patente o controle do mercado pelo Estado, ou seja, não vale o argumento de que por não corresponder a regulação de um mercado específico e sim da concorrência que descaracteriza o Sistema como um instrumento indireto do Estado para regular o mercado.

Dadas essas informações basilares, observa-se que quando duas ou mais empresas pretendem unir forças e realizar um ato que pode ser caracterizado como concentracionista, elas precisam, antes de consumar o ato oficialmente, da permissão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O Cade vai apreciar o ato ou contrato baseando-se nos potenciais efeitos que venham a ser produzidos mediante o mercado a ser considerado. Essa análise é de extrema importância, pois é assim que se verificam os benefícios e os malefícios que daí possam surgir.

A legislação antitruste não estabelece um rol de determinados atos de concentração que necessariamente são considerados ilícitos

ou causadores de prejuízos à concorrência. Não é assim que o sistema funciona. O trabalho é feito a partir da averiguação de cada caso, em determinadas circunstâncias e naquele determinado momento em que se encontra a economia.

Portanto, mesmo que aquele ato venha a causar prejuízos à concorrência, se os benefícios à população forem maiores naquela determinada situação, por exemplo, poderá haver a convalidação ou aceitação da concentração. É este o disposto na Lei nº 12.529/2011, partindo-se de uma interpretação teleológica, como se pode observar nos §§ 5º e 6º do Art. 88, situado no Título VII da Lei, que dispõe acerca “Do Controle das Concentrações”:

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (BRASIL, 2011).

O trabalho de apreciação do Cade em face do ato de concentração o qual as empresas interessadas pretendem consumir é uma das formas

de tratamento que objetiva a defesa da concorrência. A abordagem aqui se trata de uma regulação preventiva, que é a principal maneira de lidar com o fenômeno da concentração.

Essa submissão das empresas ao poder público é de suma importância, pois proporciona uma organização social, através da qual é possível trazer maiores benefícios aos cidadãos ou, pelo menos, para que se possa impedir o estabelecimento de problemas que afetam a população em geral, nos mais diversos aspectos cotidianos, seja na compra e venda de alimentos, roupas, bebidas ou serviços de lazer.

Um detalhe importante reside no fato de que quando o Conselho aprecia o ato, não há propriamente um julgamento no sentido formal e conhecido da palavra, isso pois não há a infração que precisa ser punida, bem como não se trata, ao menos inicialmente, de partes opostas que procuram o Poder Judiciário para a solução de uma lide. De fato, o que se tem são partes que têm a pretensão de concretizar um ato de concentração, e para isso, elas buscam o Cade para que este as autorize na feitura dos seus objetivos (JÚNIOR, 1996 apud MASSO, 2013, p. 203).

No entanto, em determinados casos, que não raro ocorrem na atividade empresarial, é possível notar que a concentração econômica já se deu no âmbito do mercado a ser considerado, provocando, ainda, efeitos prejudiciais ou mesmo devastadores às empresas que estão competindo. Sendo assim, a apreciação do Cade acerca do ato não se mostra mais tão útil, visto que as consequências se mostram ruins na prática.

Com isso, pontua-se a existência uma outra faceta do amparo à concorrência, por meio da repressão do ato, que deve ser feita com muito cuidado, devendo ser observados os direitos das partes, a apresentação de provas que delimitem a infração e a defesa das empresas para que a justiça

seja plena. Aliás, esse poder não se manifesta de uma forma punitiva e visando unicamente o *ius puniendi* estatal, pois essa proteção se baseia na supremacia e indisponibilidade do interesse público, compondo um poder inibitório.

Ademais, caso o Cade não aprove a concentração que foi ao seu exame, ou ainda para que haja a repressão do ato que se formou, poderá ser determinado, dentre outras providências, que seja feita a desconstituição, buscando-se o retorno do *status quo ante*. Pode haver ainda a venda da marca ou dos ativos e paralisação total ou em parte das atividades.

Aliás, é recomendado que, na medida das possibilidades e circunstâncias presentes do caso concreto, tudo aconteça de forma célere, ou seja, a reposta deve ser rápida, por meio de procedimentos eficientes e pouco burocráticos, para que as empresas sofram menos incômodos, o que vem a proteger, direta ou indiretamente, os próprios consumidores que movimentam o mercado.

Por fim, antes de abordar o próximo tópico, é importante destacar os fins que são perseguidos pelo Direito da Concorrência, incluindo-se a legislação vigente sobre a matéria e a atuação dos órgãos que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC. Nesse sentido, pontua Macedo (2008, p. 39) citando Cunha (2003, p. 24), o qual argumenta que no trabalho desse arcabouço em prol da causa concorrencial:

Os fins gerais dividem-se em econômicos e não econômicos. O principal objetivo econômico para proteger a competição é o de maximizar a riqueza econômica do consumidor por meio do emprego de recursos escassos, e, mediante o progresso no

desenvolvimento de novas técnicas produtivas e novos bens, atingir o melhor aproveitamento desses recursos. As duas espécies de fins gerais não se complementam obrigatoriamente, podendo ser excludentes no caso de colisão. Por exemplo, podem divergir no momento em que a eficiência dos agentes econômicos determine o desaparecimento de pequenas empresas em prol de grandes produtores, ou no instante em que as economias de escala na produção ou na distribuição reduzam o número de firmas produtoras ou distribuidoras. A escolha dos objetivos a serem perseguidos depende da análise política, que deve corresponder à realidade da região na qual a lei de defesa da concorrência deverá ser aplicada. A regulamentação e aplicação destas normas devem, então, conformar-se de forma a possibilitar a consecução dos fins estabelecidos.

2 AS CONCEPÇÕES DE CONCORRÊNCIA PERFEITA E CONCORRÊNCIA PRATICÁVEL

A manutenção de uma infinidade de empresas no mercado competitivo, explorando a economia das mais variadas formas e em seu clímax de atividades, trazendo todos os benefícios possíveis aos consumidores e sociedade em geral, gerando muito lucro, produzindo em grande escala e com preços baixos parecem ser o objetivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em uma visão de concorrência para início de discussão.

Entretanto, não há dificuldade em perceber que atingir esses níveis de perfeição concorrencial mostra-se claramente um desafio e os órgãos que regem a legislação antitruste no Brasil sabem dessa realidade, principalmente se forem levados em conta os números anuais

da economia do país. Todavia, sabendo da relevância dos ideais do direito da concorrência e a necessidade da disputa no âmbito empresarial, sintetiza Forgioni (2009, p. 209) que:

[...] a disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros. Pode-se então dizer que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores.

São muitos os benefícios do respeito à concorrência, como os citados por Forgioni acima, o que leva muitos estudiosos a aclamar a chamada concorrência perfeita, tão almejada pelas economias mundiais (pelo menos em seus respectivos ordenamentos jurídicos), a qual prega que devem ser mantidos algumas características que lhe são essenciais. Masso (2013, p. 211) elenca alguns desses pontos:

– Existe claramente um enorme número de agentes que movimentam a economia ativamente em ambos os polos, ou seja, na demanda e na oferta. Um detalhe importante para a concorrência perfeita reside no fato de que nenhum desses agentes pode, em sua unanimidade e individualidade, modificar consideravelmente o volume global da produção, muito menos os preços estabelecidos para os seus produtos ou ainda outro dado relevante;

– Também é evidente que os serviços e/ou produtos materiais que são ofertados por cada um dos sujeitos que agem nesse mercado são, ao menos substancialmente, tão semelhantes entre si, a

ponto de os consumidores não terem preferência pela mercadoria de uma empresa sobre a mercadoria da mesma qualidade de outra empresa;

– Tanto os consumidores quanto os produtores tomam conhecimento de todos os acontecimentos que se dão na economia, causando, assim, uma publicidade cristalina e proporcionando a manifestação das opiniões dos agentes, os quais podem, baseados na ciência de todos os fatos, expressar seus devidos posicionamentos acerca do que consomem e vendem, sempre respeitando uns aos outros e mantendo a ordem no mercado;

– Inexistem dificuldades estratégicas para a chegada de novos agentes no mercado, visto que isso afrontaria a ordem e justiça estabelecidas, dando margem à ruptura da concorrência perfeita. Assim, novos sujeitos produtores adentram ao ambiente econômico com grande facilidade e mantêm-se com igualdade de condições, sendo todos beneficiados de igual forma. Ademais, os fatores de produção também saem de um setor de produção para outro, livre e facilmente.

Após a análise dessas principais características, é nítido que a aclamada concorrência perfeita só existe na teoria, como argumentam diversos estudiosos, não podendo ser visualizada na realidade das economias e mercados.

Até mesmo países que possuem uma estrutura econômica invejável têm um ou outro aspecto que exige uma melhoria ou deixam a desejar, principalmente no que diz respeito ao direito da concorrência e os atos de concentração.

Em uma reflexão mais aprofundada e teórica, poderia se afirmar que até mesmo o fenômeno da concentração econômica seria uma afronta à concorrência perfeita em seus ideais, pois atos concentracionistas implicam, por diversas vezes, na diminuição da concorrência ou na

imposição do poder de mercado, mudando a situação de paridade entre as empresas.

Criticando os postulados da concorrência perfeita e, de modo didático para compreensão da realidade econômica, Varella Bruna (1997, p. 31) explica que:

No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus concorrentes, tanto quanto seja possível, a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades econômicas materiais existentes. Sua remuneração é a menor possível, o mínimo necessário para que ele se mantenha em atividade. Ganancioso, porque procura elevar seu lucro ao máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado.

Dado isso, atualmente tem-se como entendimento doutrinário mais aceito o de que a concorrência que se pretende manter é a chamada de praticável, mundialmente conhecida pela expressão “*workable competition*”, advinda dos importantes estudos desenvolvidos pela Escola Estruturalista de Harvard (DAL RI JUNIOR; LIMA, 2016). É com essa ideia de concorrência que se busca a manutenção de um número suficientemente bom de empresas ou ofertantes, para que os consumidores tenham razoável poder de escolha sobre os produtos disponíveis.

Além disso, levam-se em consideração os fatos verídicos que acontecem no mercado econômico, como preços estabelecidos por cada empresa, diversificação dos produtos e serviços ofertados por cada um dos agentes, publicidade moderada e atos de concentrações frequentemente

feitos entre aliados em ação.

Por isso, Forgioni (2005, p. 168-170) se posiciona na defesa da *workable competition*, sabendo que o excesso de atos potencialmente prejudiciais ao mercado deve ser evitado, porém reconhecendo que práticas as quais são capazes de gerar efeitos negativos na atividade empresarial geralmente estão presentes, ao afirmar:

Em linhas gerais, a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de *workable competition*. Essa questão, por sua vez, está relacionada com o problema do número de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Dessa forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado.

Também ao abordar uma compreensão realista, considerando o fator dos lucros e benefícios advindos com uma melhoria na eficiência empresarial, bem como o aspecto social do estudo, Nusdeo (2002, p. 48) acata os atuais posicionamentos sobre o teor da concorrência praticável e orienta aos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência que é necessário, quando estiverem diante de determinado ato de concentração o qual tenha-se mostrado positivo para o aumento da eficiência da empresa, que essa autoridade antitruste analise a proporcionalidade entre o meio escolhido e o os fins desejados, bem como se não poderia ser escolhida uma alternativa menos lesiva à economia, se uma grande eliminação

da concorrência não resultará do ato constituído e, especialmente, se a sociedade poderá desfrutar dos benefícios daí advindos.

3 O MERCADO RELEVANTE E AS ESTRUTURAS DE MERCADO

Saber identificar a qual mercado relevante determinada empresa pertence é essencial para que se possa mensurar os impactos que esse agente pode causar nas estruturas competitivas e o que pode resultar se certos sujeitos econômicos praticarem um ato de concentração. Além disso, o conceito de mercado relevante auxilia no entendimento das estruturas de mercado.

De forma simples, diz-se que o mercado relevante é aquele espaço que deve ser levado em consideração quando da atuação de um agente na economia. Se o comportamento de uma empresa influencia ou reflete no estabelecimento de preços ou na quantidade de produção de outra empresa, verifica-se que elas pertencem ao mesmo mercado relevante (CREMA, 2010, p. 41). Pode-se também levar em consideração o conceito trazido pela Resolução nº 49 do Cade, segundo o qual o:

“Mercado Relevante” é aquele mercado determinado em termos de produtos e área geográfica no qual é possível o exercício do poder de mercado. Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços (CADE, 2008, p. 3).

Sendo assim, o mercado relevante deve ser entendido pela

complementação de dois aspectos necessários, os quais são trazidos a seguir.

Primeiramente, tem-se Mercado Relevante Material ou do Produto, que se dá pela perspectiva do consumidor, ou seja, se este pode trocar um determinado produto, por exemplo, por outro que lhe seja substancialmente semelhante, pode-se afirmar que estas mercadorias pertencem ao mesmo mercado relevante material. É nesse sentido que afirma a Resolução nº 49 do Cade (2008, p. 3), segundo a qual tal mercado “compreende todos os bens/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor ou usuário devido às suas características, preços e utilização.” A Resolução também sintetiza que o Mercado Relevante do Produto pode, ainda, ter em sua composição um determinado número de serviços ou bens que venham a apresentar algumas características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento (BRASIL, 2008).

Por outro lado, o Mercado Relevante Territorial ou Geográfico diz respeito justamente ao plano físico do mercado, que pode abranger estados, regiões, países e até mesmo continentes, como se pode verificar com o processo de globalização. De acordo com a Resolução nº 49 do Cade, tem-se que:

“Mercado Relevante Geográfico” compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos (bens ou serviços) em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes

de iniciar a oferta de produtos na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada (CADE, 2008, p. 3).

Compreendidos o conceito e facetas do mercado relevante, agora é necessária a análise das estruturas de mercado. Tais estruturas, em sua ideia tradicional, eram compreendidas simplesmente pelo número e tamanho das firmas presentes em um mercado relevante. Porém, devido à especificação e complexidade das situações que começaram a aparecer e precisavam de um suporte jurídico, adota-se, atualmente, um conceito mais dinâmico, que engloba diversos fatores. Tais fatores serão verificados com o exame didático e breve das estruturas de mercado básicas, que são a seguir descritas.

Os Mercados de Concorrência Perfeita são aqueles mercados que atendem a todas as características formadoras da concorrência perfeita, como já foi explicado e detalhado no presente trabalho. Ressalta-se que, na prática, essa estrutura de mercado dificilmente ou nunca será encontrada, visto que até mesmo as economias invejáveis de países desenvolvidos tendem a apresentar aspectos que exigem melhorias ou reformas estruturais.

É comum também falar-se nos Mercados de Concorrência Monopolista. Nestes, uma grande quantidade de agentes econômicos está em ação, competindo, porém, existe diferença bastante acentuada entre seus produtos, e por isso são necessários investimentos em publicidade

para que os consumidores tomem consciência das distinções e compreendam o que lhes aprouver (MASSO, 2013, p. 215). Essa estrutura de mercado é normalmente tratada como a zona intermediária entre o monopólio e a concorrência perfeita.

Já os Monopólios são bastante discutidos e polêmicos no âmbito da doutrina jurídica e econômica em geral. Ao contrário dos mercados de concorrência perfeita, caracterizam-se por serem estruturas de mercado nas quais apenas um agente detém o controle no que diz respeito à oferta de uma mercadoria, produto ou serviço. Além disso, é possível notar que não se encontra no mercado nenhum produto que tenha a capacidade de efetivamente substituir a produção do agente monopolista, até mesmo pelo fato de não haver competidores imediatos. Assim, os juristas são enfáticos nesse aspecto, adotando geralmente um pensamento uniformizado com relação ao conceito e abordagens dos monopólios:

O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico [...] Monopólio é a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente, não se admitindo a entrada de novos competidores. Outrossim, por atividade econômica entende-se todo o processo de produção e circulação de bens, serviços e riquezas na sociedade (FIGUEIREDO, 2009, p. 11).

Nesse diapasão, é comum que grande parte dos estudiosos tenham a visão de que essa estrutura de mercado seja ruim, levando em consideração suas características e prejuízos à concorrência. Todavia, é válido notar que, dependendo da situação, os benefícios à sociedade podem se sobressair, visto que pode haver grande uso de tecnologia e

formação de preços mais acessíveis. Nesses casos, a autoridade antitruste deverá ponderar sua análise para atender ao bem-estar social.

Tem-se ainda, os Oligopólios. Nessas espécies de estrutura de mercado encontra-se uma semelhança com os monopólios, todavia, enquanto nestes apenas um determinado agente econômico controla a oferta do setor, naqueles existe a presença de um pequeno número de agentes, ou seja, algumas empresas dominam o mercado. Nos oligopólios os produtos podem seguir um padrão ou não entre seus agentes, os quais, com frequência, realizam diversos acordos. Assim, devido ao poder econômico que esse grupo adquire, pode haver acentuada dificuldade para a entrada de novas empresas para competir no mercado. Miranda (2011), dado isso, sintetiza:

Oligopólio é uma situação de mercado nos países capitalistas onde existem poucos e grandes produtores de certa mercadoria ou serviço. O oligopólio se forma principalmente nas atividades econômicas que exigem grandes investimentos, ou aplicações de dinheiro. É o caso, por exemplo, do setor automobilístico. Outras atividades ou setores onde se verifica o oligopólio são: indústrias de lâmpadas elétricas, de lâminas de barbear, de cimento, de cigarros, etc.

A mesma observação feita aos monopólios deve ser feita ao versar sobre os oligopólios. Ou seja, com a produção de benefícios sociais resultantes da atividade econômica das empresas que constituem a estrutura de mercado, a visão negativa deve ser relativizada, até mesmo seguindo os ditames da Lei nº 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como já abordado acima no presente *paper*.

Para complementar a investigação, é interessante analisar a experiência norte-americana com os atos de concentração e estruturas de mercado usualmente tidas como lesivas à concorrência (monopólios e oligopólios, por exemplo).

O *Sherman Act*, importante documento para o direito da concorrência nos EUA, apresentava-se bem ríspido no que concerne ao tratamento da concentração econômica entre empresas, buscando sempre reprimir o abuso do poder econômico, e que, inicialmente, passou a usar desse objetivo sem ponderar os aspectos de cada situação. Tal fato pode ser analisado sob o ponto de vista histórico, uma vez que de acordo com Macedo (2008, p. 42-43):

No final do século XIX alguns fatores que influenciavam o perfil sócio-econômico da sociedade norte-americana foram determinantes para o surgimento da necessidade de se proteger a concorrência e para o surgimento do *Sherman Act*. Dentre esses fatores, destacam-se o fortalecimento e a concentração industrial, sobretudo no norte dos Estados Unidos, reflexo dos esforços bélicos empreendidos no período de guerra civil. Nesse mesmo período, a economia estadunidense passava por um período de rápida transformação. De uma economia baseada na pequena empresa e no espírito empresarial individual, os Estados Unidos, após a guerra, tornavam-se uma economia demandante de uma maior concentração de capitais com vistas à produção em massa. Em vigorosa expansão industrial evidentemente, limitava o número de participantes no mercado, ao passo que estimulava as práticas desleais entre concorrentes, com consequências negativas para os consumidores.

Assim, devido aos fatores da época, medidas eficazes tinham de ser tomadas para a proteção da concorrência, o que causou a aplicação generalizada do *Sherman Act*. Entretanto, tempos depois, a Suprema Corte Americana, mediante hermenêutica atualizada com interpretação teleológica, propõe a “Regra da Razão” (*Rule of Reason*), que prega a análise do caso concreto antes de dizer que determinado ato de concentração é necessariamente ilícito (MASSO, 2013, p. 218). Assim, a sua compreensão correta permite afirmar que:

Desde a promulgação do *Sherman Act*, o Direito da Concorrência nos Estados Unidos tem se enquadrado como mecanismo garantidor do sistema econômico, bem como uma garantia fundamental do cidadão na ordem econômica. A preocupação fundamental dessas garantias consiste no equilíbrio das relações econômicas proporcionado pelo Direito da Concorrência [...] (MACEDO, 2008, p. 43).

Tal análise pode ter influenciado a legislação brasileira no tratamento do fenômeno da concentração no Brasil, fazendo com que a experiência norte-americana seja exemplo de interpretação e aplicação legais para a defesa econômica e o tratamento dos atos de concentração.

4 FORMAS MAIS COMUNS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

No que tange às formas em que se dão as práticas de concentração econômica, deve-se observar, primeiramente, a classificação sob o ponto de vista da associação realizada. Dessa forma, os atos de concentração podem ser verticais, que são aqueles que ocorrem entre empresa, fornecedor e distribuidor ou entre outros agentes formando uma cadeia

produtiva até chegar ao consumidor.

Há também as concentrações horizontais, que se caracterizam quando é realizada entre concorrentes que atuam em um mesmo mercado relevante. Nota-se que dos atos de concentração horizontais resultam os mais altos prejuízos. É nesse sentido que versa Macedo (2008, p. 35), ao tratar do assunto de forma eficiente

Tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas entre horizontais e verticais. A primeira delas se processa entre os concorrentes em um mesmo mercado. Referidas concentrações podem representar uma ameaça à ordem econômica. A apreciação de tais atos se resume, via de regra, a determinar o nível de concentração a partir do qual é necessário o controle. A segunda se processa entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios de uma mesma atividade econômica, mantendo entre si relações comerciais. A implementação da política antitruste consiste basicamente em desestimular e coibir comportamentos ou práticas anticompetitivas, sejam elas de natureza vertical ou horizontal, por parte de empresas que detêm o poder de mercado, ou seja, que são capazes, por suas ações, de gerar situações em que a concorrência é restringida. Trata-se, portanto, de evitar, por meio da ameaça de punição, as condutas empresariais que visem inibir a ação dos concorrentes de limitar o alcance da competição por intermédio de algum tipo de colusão e/ou impor aos compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos. Práticas restritivas verticais são aquelas que limitam o escopo das ações de agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva ou nos mercados finais, incluindo condutas como a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de bases de clientes, os

acordos de exclusividade, a recusa da negociação, a venda casada e a discriminação de preços.

Ainda existem as concentrações conglomeradas, que acontecem quando empresas se unem atuando em mercados relevantes diferentes e não se relacionando da forma vertical (CREMA, 2010, p. 37-38).

Já com relação às próprias empresas que se unem, os atos de concentração recebem algumas denominações especiais e bastante conhecidas pelos estudiosos. A seguir serão tratadas algumas das principais formas de concentração que nesse acontecem âmbito.

Inicialmente, analisam-se os Trustes. Estes são formas de concentração de empresas que merecem bastante atenção nos estudos jurídicos e econômicos. Segundo Rudge (2003, p. 324) um truste é uma “combinação entre empresas para assegurar controle econômico sobre determinados mercados, a fim de afastar eventuais concorrentes e administrar os preços de vendas de seus produtos, em busca de lucros elevados”. É, assim, um modo de direcionar para um rumo comum a ordem controladora de duas ou mais empresas, fazendo com que estas deixem suas independências jurídicas para formar um só agente. Ademais, sabe-se que, para que seja caracterizado como ilícito, o truste deverá ter uma prática comprovadamente ilícita, como por exemplo a redução excessiva da concorrência ou a exploração injusta dos consumidores.

Por outro lado, também devem ser mencionados os Cartéis. A principal característica dos cartéis é o fato de que eles se desenvolvem por meio de atos clandestinos, através dos quais um grupo de entes empresariais atuam de modo conjunto, mas não propriamente unidos, buscando a dominação do mercado ao impor preços equivalentes, utilizando de estratégias cuidadosamente pensadas e postas em prática

para alcançar benefícios que não poderiam ser obtidos de forma mais fácil de outra maneira. Dessa forma, a doutrina geralmente define Cartel, além de realizar as necessárias observações:

*[...] como uma política de preços, cujas regras são ditadas por uma ou mais sociedades que tenham domínio suficiente do mercado, o que significa dizer que se podem manter e, além do mais, estão em condições de obrigar as demais sociedades, sob pena de as mesmas serem “naturalmente” excluídas do mercado. Porém, nem sempre foi assim. Isabel Vaz ensina que, em alguns locais e épocas, as sociedades passaram a se associar com outras do mesmo nível - na defesa contra o aviltamento dos preços em horas de crises agudas ou para subtraírem a concorrência danosa, aumentando, assim, seus lucros. Dessa prática é que depois surgiu o cartel, com um caráter pejorativo, significando o acordo entre sociedades para *disciplinar a concorrência*, por várias formas, evoluindo, em muitos casos, para a própria defesa econômica das empresas (atividade) símiles, por meio da constituição de órgãos centralizadores incumbidos da aquisição de matérias-primas, ou da venda dos produtos, ou da distribuição territorial das zonas de atuação (BORGES et al., 2002, p. 236, grifo do autor).*

Já com relação às *Joint ventures*, deve-se atentar, primeiramente, ao simples fato de que expressão “*joint venture*” é proveniente da língua inglesa e é traduzida para o português como “empreendimento conjunto”. Todavia, a versão no inglês é a mais usada nos livros que tratam da temática e também já é predominante no vocabulário econômico. Para entender detalhadamente essa espécie de ato de concentração, Miranda e Maluf (2016, p. 1) explicam:

Joint Venture [...] corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes, denominado em outros países de sociedade entre sociedades, filial comum, associação de empresas, etc. A característica essencial do contrato de *Joint Venture* é a realização de um projeto comum, empreendimento cuja duração pode ser curta ou longa, porém com prazo determinado. É a celebração de um contrato entre duas ou mais empresas, que se associam, criando ou não uma nova empresa para realizar uma atividade econômica produtiva ou de serviços, com fins lucrativos. Uma *Joint Venture* pode ser criada para desenvolver uma série de atividades, tais como, projetos industriais, execução de obras, pesquisas e desenvolvimentos, atividades financeiras, prestação de serviços, etc. Cada parte que compõe os polos dessas associações deve trazer aquilo que possui de melhor, além disso, a transparência é essencial, pois a *Joint Venture* é a confiança entre as partes.

Essa forma de união de empresas é muito comum na atualidade, visto que os agentes econômicos continuam independentes juridicamente, além de serem bem simples em sua constituição e finalidade, as quais basicamente resumem-se em uma espécie de consórcio com vistas à realização de uma determinada atividade em comum para fomentar a economia e gerar lucros para os envolvidos.

Por último e não menos importante, existem as *Holdings*, que são formas de concentração muito conhecidas na atualidade e caracterizam-se quando uma determinada sociedade participa ativamente do capital e no controle de outra ou outras sociedades, tornando-se um centro de poder importante para a tomada de decisões e os rumos das atividades

empresarias. Nesse sentido, a doutrina moderna dispõe que:

As *Holdings* são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a *Holding* tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias (CARVALHOSA, 2009, p. 14).

A expressão provém de um verbo da língua inglesa, “*to hold*”, normalmente traduzido para o português como “segurar”, o que denota exatamente à ideia da participação no capital das sociedades, ou ainda a noção do controle empresarial exercido pela cúpula diretiva.

A previsão legal para as *Holdings* aparece pela primeira vez na legislação brasileira através da Lei nº 6.404, do ano de 1976, também conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S.A’s.) (BRASIL, 1976).

Embora a referida Lei não traga detalhadamente as classificações para essa forma de concentração de empresas, é possível notar breves aspectos para que se constitua a *Holding* ao ler o Art. 2º, § 3º, o qual dispõe dessa maneira: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”.

No que diz respeito, ainda, à visão norte-americana de *Holdings*, bem como à sua diferenciação com outra forma de concentração, as *Joint*

ventures, e abordando a realidade jurídica brasileira, tem-se que:

Holding é o termo qualificativo que no Direito Privado Estadunidense é utilizado para identificar as empresas que se relacionam em exercício de propriedade nas participações por envolvimento direto em outras empresas e empreendimentos. Significa, em essência: participação, envolvimento, e posição diretiva. Esse termo carrega uma terminologia distintiva nos Estados Unidos da América (de onde surge) da expressão empresarial *Joint Venture*, que apesar de significar “empreendimento conjunto” trata apenas das associações para uma específica conjuntura lógica, física, e restrita a propósitos determinados. Assim, em compreensão ampla, *Holding* é sempre interpretada como uma conjunção ampla e irrestrita de operações múltiplas e concentradas de domínio e controle sobre diversas e incontáveis ações de uma empresa, de um grupo empresarial, e de todos os empreendimentos que são derivados desta modalidade de organização societária. No Direito Societário Brasileiro, *Holding* é o ente societário instrumental criado exclusivamente para organizar um conjunto empresarial no que se refere aos aspectos e atividades que não estão relacionadas com o objeto jurídico de cada uma das empresas da sua composição (BARROS, 2014, p. 73).

Existem, ainda, diversas outras formas de concentração de empresas que ocorrem no contexto econômico, como fusões, acordos, incorporações, etc. Entretanto, as principais foram escolhidas para serem abordadas no presente estudo e foram explicadas acima.

CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo exposto no presente estudo, é cristalina a necessidade de se analisar de forma mais concisa a realidade concorrencial no Brasil, abordando mais detalhadamente a concorrência praticável no ordenamento jurídico e especialmente na Constituição Federal, a partir da análise dos preceitos que repercutem em todas as normas infraconstitucionais, bem como tratando do mercado relevante e as estruturas de mercado de forma mais dinâmica e sem o apego à tradicionais noções econômicas que, por diversas vezes, mostram-se como um obstáculo ao avanço intelectual e estrutural no que diz respeito à economia.

As novas ideias de conceitos tradicionalmente difundidos, como nos casos de monopólios e oligopólios, precisam ainda ser moldadas de forma efetiva na doutrina e legislação brasileiras, não bastando disposições superficiais e abstratas, pois uma vez que o Direito especifica os detalhes e regra as situações econômicas, a segurança jurídica é preservada e mantida em meio às surpresas que sempre acontecem na economia.

Mostra-se interessante, também, a observação do exemplo de outros países, como os EUA e nações da Europa, visto que a análise de práticas estrangeiras pode influenciar positivamente a economia e legislação nacionais.

É indispensável, ainda, como foi abordado em toda argumentação, que haja sempre considerável atenção aos diversos tipos de atos de concentração, pois são comuns no cotidiano e precisam de maior cautela em suas previsões e sanções legais. Dado isso, é necessário enfatizar o importante trabalho do Cade, órgão de proteção da concorrência do Ministério da Justiça, que possui a incumbência de apreciar o fenômeno da concentração econômica sob uma perspectiva constitucional e atual,

visando a proteção à superioridade do interesse público.

Assim, para que se possa visualizar o tema na prática e observar a atuação dos órgãos que fazem parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, um exemplo bastante recente do fenômeno concentracionista ocorreu no Brasil, que foi a aprovação da compra do Banco HSBC pelo Bradesco no mês de junho, mediante apreciação realizada pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (AC 08700.010790/2015-41) (CADE, 2016).

Conforme a nota divulgada no site do Cade, João Paulo de Rezende, em seu voto como conselheiro relator do caso e observando o próprio mercado bancário brasileiro, sustentou que a referida aquisição “contribui para o aumento dos níveis de concentração, em especial em mercados específicos direcionados a um grande número de consumidores, como depósitos à vista (conta corrente) e crédito de livre utilização a pessoas naturais e jurídicas”. O relator ainda sintetizou que existe baixo grau de rivalidade no setor bancário e essa situação não acontece somente no Brasil, mas a nível mundial.

O Bradesco, no entanto, deve atentar a algumas restrições consideradas essenciais para a validação do ato, como por exemplo, adotar medidas de estímulo à competição, manter as informações transparentes aos correntistas como forma de primazia da segurança jurídica no âmbito bancário, providenciar indicadores que assegurem a qualidade do atendimento aos clientes, além do comprometimento de não realizar fusões e aquisições, pelos próximos trinta (30) meses, de empresa do ramo financeiro e administradoras de consórcio que atuem no Brasil. As exigências para a provação do ato foram consolidadas mediante um Acordo de Conduta de Concentrações (ACC).

Assim, vê-se que o ato de concentração foi aceito devido aos

potenciais benéficos que poderá trazer à sociedade, mesmo que haja aspectos maléficis no âmbito da concorrência no mercado. Há um respeito à *workable competition*, pelo que é relevante afirmar que o Brasil tem seguido aos ideais modernos que orientam a economia e a legislação, mas ainda precisa aprimorar e discutir o assunto em diversos setores.

Dessa forma, é preciso sempre levar à discussão esses aspectos da economia, falando-se sobre o poder econômico das empresas e as formas pelas quais esse poder se manifesta no meio social, afetando à população que sempre tem que lidar com os acontecimentos econômicos, seja de uma forma benéfica ou mesmo com os problemas que ocasionalmente sejam instaurados.

Ademais, uma economia respeitável e digna de admiração não é necessariamente aquela perfeita sobre a ótica estrutural do mercado, mas sim aquela que dignifica a população através de produtos e serviços de qualidade, onde a produção, venda, distribuição e consumo afetam positiva e continuamente ao público consumidor, mantendo-se o direito da concorrência e os valores constitucionais da República Federativa no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Carlos Granjeiro. Reorganização empresarial através das estruturas societárias: aspectos gerais do desenvolvimento de empresas em *Holding* e sua relação com a proteção do patrimônio dos acionistas e o planejamento tributário. **FABE em Revista**, São Paulo, v. 4, n. 5, 2014.

BORGES, Maria Cecília Mendes et al. O Cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequência?) e seus reflexos prejudiciais aos direitos do

consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 155, jul./set. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia; dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRUNA, Sérgio V. **O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade autoriza aquisição do HSBC pelo Bradesco**. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-autoriza-aquisicao-do-hsbc-pelo-bradesco>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 49, de 23 de Julho de 2008. Altera o Anexo I da Resolução 15 do CADE, de 19 de agosto de 1998 (publicada no Diário Oficial da União de 28.8.98), relativo aos atos de

que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-ndeg-49-de-23-de-julho-de-2008.pdf/view>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CREMA, Renata Lais. **Concentração econômica e estruturas de mercado**. Monografia. 2010. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

DAL RI JUNIOR, Arno; LIMA, Renata Albuquerque. **Reflexos do conceito de Workable Competition da Escola de Harvard na Doutrina e nos Julgamentos do Cade (1988-2008)**. 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-leonardo%20vizeu.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renata Albuquerque. **A atuação do Estado Brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento**

econômico. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

MIRANDA, Maria Bernadete. O monopólio e o oligopólio. **Revista Virtual Direito Brasil**, São Paulo, v. 5, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav52/ensaios/MO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. **O contrato de Joint Venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas**. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/artigos/jv.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle dos atos de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

RUDGE, Luiz Fernando. **Dicionário de termos financeiros**. São Paulo: Santander Banespa, 2003.

Como citar: ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívyia Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p.64-97, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p64. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/09/2016

Aprovado em: 16/05/2017

DESAFIOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS E ECONOMIA COMPARTILHADA: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA

LEGAL AND REGULATORY CHALLENGES
AND SHARING ECONOMY: ELEMENTS FOR A
CRITICAL ANALYSIS

Raphael Andrade Silva*
Matheus Silva de Paiva **
Gustavo Saad Diniz***

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pesquisador do Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Escola Superior de Direito (ESD). Email: raphael.andrade.silva@usp.br.

** Doutorando em Economia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Universidade Católica de Brasília (UCB). Email: matheus.pai-va@ucb.br

*** Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP/FDRP). Email: gsd@usp.br.

Como citar: SILVA, Raphael Andrade; PAIVA, Matheus Silva de; DINIX, Gustavo Saad. Desafios Jurídico-Regulatorios e Economia Compartilhada: Elementos para uma Reflexão Crítica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 98-125, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p98. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Nos últimos anos, assiste-se a um fenômeno de crescimento exponencial de novos modelos de negócios, usualmente referidos como disruptivos, próprios do que se tem chamado, sem absoluta homogeneidade terminológica, de “economia compartilhada”. Tais modelos parecem não se ajustar perfeitamente às normas jurídicas vigentes na maioria dos ordenamentos, reclamando, portanto, tratativa diversa, atenta às suas particularidades. Deste

modo, o artigo busca oferecer elementos para uma reflexão crítica a seu respeito, permitindo que formuladores de políticas públicas e operadores desempenhem suas tarefas de forma mais consciente e técnica, beneficiando, em última instância, a sociedade como um todo.

Palavras-Chave: Economia compartilhada. Economia colaborativa. Regulação. Inovação.

Abstract: In the past few years, a widespread phenomenon of exponential growth of new business models took place, usually characterized as disruptive. The proper term for this concept, which has no absolute terminological homogeneity, is the “sharing economy”. These models do not fit perfectly within the existing rules of most legal systems; thus, the need for a different approach that contemplates all of its distinctive features. In this sense, this paper seeks to offer elements for a critical analysis, therefore allowing policymakers and practitioners to perform their tasks more consciously, ultimately benefiting society as a whole.

Keywords: Sharing economy. Collaborative economy. Regulation. Innovation.

INTRODUÇÃO

É ainda incipiente o fenômeno de ascensão da chamada “economia compartilhada”, também referida como “economia colaborativa”. Seus efeitos, contudo, já se fazem sentir em diversos locais ao redor do globo: importantes transformações em mercados há muito tempo consolidados, como o de taxi e de hotelaria, bem como incógnitas postadas aos legisladores a respeito da necessidade – e maneira adequada – de se regular esses novos mercados, são questões que, de já, se apresentam com muita intensidade (KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2015, p. 530).

Nessa linha, o presente artigo tem como objetivo principal analisar alguns pontos específicos a respeito do atual debate. Inicia-se, assim, com uma breve descrição do que se entende, atualmente, por economia compartilhada; em sequência, passa-se à discussão de alguns elementos essenciais às novas realidades, suscitando a questão da adequação dos modelos tradicionais à economia compartilhada; apresenta-se, também, como a dogmática jurídica tem enfrentado questões referentes à inovação, apontando-se para uma urgente necessidade de desenvolvimento científico na área; por fim, conclui-se pela necessidade de respostas mais informadas e racionais por parte dos tomadores de decisões, que não somente apliquem, de forma cega, modelos regulatórios concebidos sob premissas fundamentalmente diferentes das atuais.

1 ECONOMIA COMPARTILHADA: CONCEITUAÇÃO E RETROSPECTO RECENTE

A bem da verdade, as práticas da economia compartilhada não são exclusivas do presente século (GAUTHIER, 2016, p. 13). Pelo

contrário, como bem apontam alguns, as raízes desse fenômeno são históricas – no entanto, seus efeitos se tornaram diluídos com o advento e consolidar da sociedade consumerista (RANCHORDÁS, 2015, p. 456). O que visualizamos agora é, portanto, o reemergir desse modelo de relacionamentos sociais e negociais, propiciado pelas plataformas tecnológicas que conectam, de maneira simples, rápida e barata, pessoas que, de outra sorte, não se conheceriam.

Entretanto, não se pode ignorar a rápida ascensão de recentes modelos de negócio orientados pela economia compartilhada. Representantes como Uber e Airbnb operam, hoje, em centenas de locais ao redor do globo, tendo fidelizado um sem número de clientes – razões, inclusive, para seus bilionários valores de mercado¹.

Dessa rápida ascensão, no entanto, não resultou um acompanhamento dogmático, *pari passu*, apto a conceituar, de forma homogênea, essa nova realidade. Assim, nem mesmo a expressão “economia compartilhada” é uníssona, havendo aqueles que preferem “economia colaborativa”, “peer-production economy” ou, ainda, “peer-to-peer economy”².

No entanto, conforme apontam Koopman, Mitchell e Thierer

1 Para uma interessante avaliação de valores de mercado das principais *startups*, veja-se <http://graphics.wsj.com/billion-dollar-club/>.

2 Assim aponta Katz (2015, p. 1.068): “There is no standard definition of the sharing economy [...] Many have argued that “sharing” is not an accurate description of P2P service models, in part because users exchange money [...] Other authors have framed the sharing economy as a new form of sustainable consumption and see the sharing economy as a societal shift to an access model rather than an ownership model”. Por razões de tal ordem, utilizaremos as expressões “economia compartilhada” e “economia colaborativa” com significação idêntica no presente artigo.

No mesmo sentido, Gauthier (2016, p. 12) assim aduz: “En este contexto se han difundido diversas denominaciones para referir a un fenómeno que se encuentra en pleno desarrollo: “economía compartida”, “consumo compartido”, “peer to peer”, “economía colaborativa”, “consumo colaborativo”, “economía de las aplicaciones”, etc.. Quizás ninguna de las anteriores denominaciones por si sola haya logrado capturar la diversidad de la disrupción, aunque está claro que la demanda de esta forma de trabajar y consumir es profunda”.

(2015, p. 531), é sugestivo pensar a economia compartilhada como qualquer ambiente de mercado que reúna redes distribuídas de indivíduos para compartilhar ou trocar ativos que, de outra forma, encontrar-se-iam subutilizados³. Dessa forma, essa nova realidade englobaria todas as espécies de bens ou serviços, compartilhados ou trocados por utilidades, passíveis ou não de avaliação monetária. Na esteira do indicado por Katz (2015, p. 1.069), a literatura tem classificado a economia compartilhada como uma “inovação disruptiva”, associando-a a produtos, serviços e modelos de negócios que recombina velhas tecnologias para estabelecer novos mercados e que, portanto, “rompem” com os agentes econômicos incumbentes.

Nessa linha, a economia compartilhada configura, de fato, a base de disruptivos modelos de negócios, cujo surgimento se fez possível em virtude do advento de novas tecnologias (BARRY; CARON, 2015, p. 69). O ato de compartilhar, efetivamente, se tornou mais fácil com o desenvolvimento recente da tecnologia social comunicativa, a qual permite a conexão de indivíduos absolutamente desconhecidos, gerando, dentre outros, um incentivo à colaboração.

Em adição, parece haver um movimento no sentido de tornar mais barato compartilhar do que ser proprietário, o que leva alguns a afirmarem a existência de verdadeiro rompimento do paradigma clássico de que seria necessário possuir – em termos de direitos de propriedade – um determinado bem ou serviço para poder usufruir do mesmo (GAUTHIER, 2016, p. 12).

As externalidades positivas podem favorecer o ambiente hospedeiro da economia colaborativa. Quando algum agente econômico

³ Na verdade, a própria natureza *peer-to-peer* de muitos dos negócios da economia compartilhada é que proporciona a possibilidade de que os participantes lucrem por meio de bens subutilizados (KATZ, 2015, p. 1.073).

realiza uma ação que gera benefício para outros, sem que tal benefício seja remunerado, há, então, um efeito colaborativo. Este efeito pode incentivar os que recebem a retribuí-lo, desenvolvendo uma rede compartilhada de benefícios recíprocos (MANKIWI, 2015, p. 200).

Alguns dos mais importantes exemplos de externalidades que contribuem para o florescimento da economia colaborativa são os chamados *spillovers*. Estes elementos compreendem os efeitos econômicos não intencionais (efeitos colaterais) que ocorrem devido a choques econômicos iniciais. Isto significa que, quando há concentração de algum ativo valioso (insumo, tecnologia, força de trabalho, terra, informação, infraestrutura, capital financeiro etc.) em uma determinada região, o simples fato de hospedar tais recursos faz com que, nesta região, se desencadeiem efeitos de transbordamento. Por exemplo, uma cidade com alta densidade populacional oferece incentivos para a atração de “firmas”. Esta atratividade, por sua vez, aumenta a competição e estimula o processo de inovação e de transferência de conhecimento, criando um ambiente favorável para o auto reforço e, portanto, para a prosperidade econômica (FOCHEZATTO; VALENTINI, 2010, p. 246).

Quando estes efeitos colaterais são positivos, oriundos de externalidades, interações sociais, equilíbrio geral etc., o resultado beneficia a economia como um todo (ANGELUCCI; DI MARO, 2015, p. 5). Esses benefícios recaem sobre a economia por diversas formas, seja pela redução dos custos de produção, pelo aumento no acesso de recursos físicos ou humanos, pelo aperfeiçoamento na comunicação, na formação de redes de contatos e nas economias de escala, dentre outros⁴. Neste sentido, comunidades dotadas de *spillovers* positivos tendem a

⁴ Para maior aprofundamento sobre os efeitos desencadeados pelos *spillovers*, ver Marshall (1890), Fujita e Thisse (1996) e Fochezatto e Valentini (2010).

formar um ambiente mais propício ao desenvolvimento da economia colaborativa.

Muito embora o modelo seja novo, como bem ressalta Ranchordás (2015, p. 416), a ideia basilar que lhe dá sustentação é relativamente simples: os agentes econômicos irão compartilhar bens e serviços quando os custos de transação relacionados à coordenação de atividades econômicas dentro de um determinado grupo ou comunidade for baixo.

1 ECONOMIA COMPARTILHADA: PRINCIPAIS ASPECTOS E BENEFÍCIOS

A existência da economia colaborativa somente se faz possível em razão de dois elementos essenciais: (i) a existência de ativos compartilháveis que sistematicamente apresentam capacidade em excesso; e (ii) a predominância de atitudes ou motivações de compartilhamento (RANCHORDÁS, 2015, p. 416).

É comumente apontado que a nova realidade da economia compartilhada é capaz de *gerar valor* em, ao menos, cinco aspectos substanciais (KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2015, p. 531-532).

O primeiro desses aspectos diz respeito ao uso mais produtivo e eficiente dado aos ativos subutilizados, também referidos como “capital morto”⁵. O segundo aspecto relaciona-se com o fato de que estes novos *marketplaces*, ao reunir inúmeros compradores e vendedores, promovem maior competitividade entre as vertentes de oferta e demanda, permitindo, assim, maior especialização e complexidade econômica. O terceiro aspecto tem origem na redução dos custos de transação promovida pela

⁵ Para uma discussão a respeito da ideia de “capital morto” (“dead capital”), veja-se De Soto (2001).

economia compartilhada. Isso porque esses novos modelos diminuem substancialmente o custo de se encontrar um parceiro para realizar as trocas, bem como minoram, de forma importante, os custos relacionados à negociação dos termos ajustados entre as partes e, além, permitem um maior monitoramento da contraparte (KATZ, 2015, p. 1.075).

Aliás, é justamente desta linha de maior monitoramento que surgirá o quarto aspecto: ao permitir, em geral, o *rating* dos usuários por outros usuários, que com o primeiro já concluíram negócios anteriores, o modelo oferece, aos novos participantes, maiores níveis de informação. Na pior das hipóteses, diminui-se, significativamente, as imperfeições decorrentes da assimetria informacional entre fornecedores e consumidores.

Outro importante elemento que auxilia na redução dos custos de transação é a padronização dos negócios e o oferecimento de garantias de qualidade e segurança. Medidas no sentido de padronizar as trocas incluem, por exemplo, interfaces amigáveis e uniformes, sistemas de busca baseados na localização do usuário, mecanismos de comparação de preços, análise da utilização de contas, históricos de pagamento e ferramentas de agendamento e reserva. No tocante às garantias, menciona-se o oferecimento de seguros, canais de atendimento e reclamação dos usuários, políticas de cancelamento e reembolso, filtragem de *background* dos usuários e os já mencionados sistemas de reputação (KATZ, 2015, p. 1.075).

Desta forma, por meio da combinação dos recursos acima brevemente mencionados às suas plataformas, os modelos de negócio da economia compartilhada permitem aos usuários a negociação em maior escala, encorajando, inclusive, participantes casuais a entrarem no mercado. Assim, estas plataformas facilitam a realização de negócios

que, de outra sorte, provavelmente jamais aconteceriam em virtude dos altos custos de transação associados.

Por fim, o quinto – e talvez mais sensível – aspecto, diz respeito ao oferecimento de melhores serviços e produtos àqueles consumidores que, com base na situação atual, são tratados de forma insatisfatória pelos *players* incumbentes, muitas vezes em razão da própria captura dos entes reguladores pelos agentes de mercado, que, não raro, se tornam despreocupados com a qualidade de seus serviços e produtos em virtude de sua maior proteção regulatória⁶.

Muito embora, em uma primeira análise, a economia compartilhada apresente benefícios⁷, pode-se verificar, na prática, o crescente levantar de bandeiras no sentido contrário à sua propagação. Esse movimento, originado, talvez, na incompreensão de seus fundamentos e *modus operandi*, tem ecoado em diversos locais do mundo.

Para ilustrar o mencionado acima, considere-se o caso do aplicativo Uber. Em importantes cidades europeias, como, por exemplo, Berlim e Bruxelas, viu-se a proibição completa da utilização desse sistema de transporte de passageiros⁸.

2 DESAFIOS REGULATÓRIOS: POR QUE E COMO REGULAR?

6 Ilustrando a situação das plataformas de transporte de passageiros, Rassman (2014, p. 99) assim afirma: “Rideshare’s growing consumer base demonstrates that it is, at least for the foreseeable future, here to stay. [...] Rideshare has responded to consumer demand in a long-stagnant market [...]”.

7 Para uma análise detida sobre os vários benefícios da economia colaborativa, tanto sob o ponto de vista da oferta como da demanda, veja-se Dyal-Chand (2015, p. 256-259).

8 Como aponta Ranchordás (2015, p. 418-419), na Alemanha chegou-se a compreender que o Uber representava, de fato, concorrência desleal à indústria de taxi. Essa posição foi esboçada em decisão da Corte Distrital de Frankfurt. Em Londres também foram intensos os debates a respeito da viabilidade e legalidade da presença do Uber no mercado. Recentemente, o órgão regulador do trânsito naquela cidade (“Transport for London” – TfL) entendeu que o aplicativo Uber para *smartphones* poderia ser considerado um taxímetro e que taxímetros não eram de utilização exclusiva de carros licenciados, removendo importante barreira à presença da Uber Technologies naquele mercado.

De acordo com Morey (2015, p. 1), falhas de mercado são situações inerentes ao mercado que fazem com que a alocação de equilíbrio seja ineficiente. Ou seja, são cenários nos quais, muito embora seja possível aumentar o bem-estar de algum agente econômico, por meio das trocas, sem prejudicar os demais, tais trocas são impossíveis de serem realizadas. Neste sentido, diz-se que o mercado não conduziu a economia para uma situação de Ótimo de Pareto.

Existem diversas razões para a existência de falhas de mercado. Por exemplo, sob um contexto de informação assimétrica, não há mais condições para se sustentar o Primeiro Teorema do Bem-Estar. Este Teorema diz que, se os indivíduos conhecem todos os preços da economia sob uma estrutura de mercado perfeitamente competitiva, então a alocação de mercado é Pareto ótima.

Mas, se existe o problema da assimetria de informação, já não se pode concluir que as ações individuais, tomadas no contexto de mercados perfeitamente competitivos, conduzirão a economia para um equilíbrio ótimo no sentido de Pareto. Neste ambiente de assimetria de informação, onde alguns agentes possuem mais informações que os demais, surgem situações nas quais determinados indivíduos se comportam de maneira oportunista, ocasionando escolhas adversas e perda de bem-estar para os demais (JEHLE; RENI, 2011, p. 379).

Uma outra falha de mercado pode ser verificada quando o bem-estar de um agente, ou de um grupo deles, depende de uma atividade que está sob o controle de outro agente ou de outro grupo de indivíduos. Na ciência econômica, tal situação consiste, justamente, na já apresentada externalidade, a qual pode ser positiva ou negativa. Se positiva, a ação dos agentes econômicos, direcionada às atividades sobre as quais detêm controle, provoca aumento do bem-estar dos demais. Se negativa, esta

ação gera perda de bem-estar para o restante da coletividade. Este efeito negativo não é socialmente desejável, pois reduz o bem-estar social.

Os dois exemplos revelam situações onde o mercado, operando sem a presença do Estado, não é, em todo caso, capaz de conduzir a sociedade para a melhor situação possível. Ainda que soluções privadas possam ser utilizadas e efetivas, como confirma o Teorema de Coase⁹, em qualquer um dos casos, há uma lacuna que pode ser ocupada pelo Estado (MANKIWI, 2015, p. 202). A presença de uma autoridade altera substancialmente a operacionalidade do mercado, pois pode coagir os indivíduos a implementarem comportamentos socialmente desejáveis, oferecendo instrumentos para reduzir as falhas de mercado, auxiliando na realocação dos recursos disponíveis e, portanto, conduzindo a economia para um novo equilíbrio mais eficiente.

A abordagem tradicional da regulação econômica se ancora sob a análise convencional do bem-estar individual. Desta forma, por esta perspectiva, é possível mensurar o nível de bem-estar social antes e depois da regulação estatal e, por fim, compará-los. Nesta direção, uma vez calculados os níveis de bem-estar social, seria relativamente simples avaliar se a regulação do Estado é recomendável. Contudo, com a transformação da sociedade moderna, a metodologia empregada para avaliar as regulações também se desenvolveu. Neste sentido, destaca Fiani (1998, p. 12):

Progressivamente não apenas os limites do campo regulatório começaram a ser questionados, como até mesmo o sentido da regulação foi objeto de

⁹ Em elucidativa síntese: “The Coase theorem says that private economic actors can potentially solve the problem of externalities among themselves. Whatever the initial distribution of rights, the interested parties can reach a bargain in which everyone is better off and the outcome is efficient” (MANKIWI, 2015, p. 210).

revisão crítica. Neste processo houve um passo teórico fundamental. À análise das falhas de mercado a teoria econômica veio acrescentar, a partir dos anos setenta, a análise das “falhas de governo”. Compreender adequadamente o conceito de falhas de governo não é tarefa tão simples como o estudo das falhas de mercado: enquanto o último se fundamenta em uma discussão dos obstáculos à consecução de um ótimo de Pareto pelo mercado (utilizando como ferramenta a análise de equilíbrio parcial ou geral, já solidamente estabelecidas na tradição da teoria econômica), a análise de falhas de governo obviamente não pode recorrer ao mesmo tipo de suporte teórico-analítico, pelo simples fato de que a atuação do governo não é orientada por *profit-seeking*.

Assim, diversos conceitos foram construídos – grupos de interesse e pressão, *rent-seeking*, dentre outros – para aprimorar a avaliação regulatória e abarcar as novas situações e os novos mercados que surgiram com o desenvolvimento do capitalismo¹⁰. Nesta linha, esta evolução na literatura mostra que o enfoque ideal encerra uma avaliação dos objetos da economia compartilhada por uma perspectiva moderna, um tanto quanto diferente da tradicional, uma vez que as ferramentas técnico-analíticas convencionais não são suficientes, ainda que úteis, para, de um lado, compreender toda a complexidade da economia de redes e, de outro, contabilizar todos os efeitos daí decorrentes.

As práticas da economia compartilhada suscitam questões que desafiam os reguladores em base diária, tornando clara a tensão entre, de um lado, a necessidade de encorajar a inovação e, de outro, o objetivo

¹⁰ Para maiores informações sobre o assunto ver Tollison (1982), Benson (1984) e Olson (1995).

de proteção dos consumidores.

Uma primeira razão para a confusão geralmente provocada pelas empreitadas regulatórias diz respeito ao fato de que a economia colaborativa é fenômeno novo e distinto, cujos pressupostos parecem diferir em muito dos tradicionalmente assentados em ambientes capitalistas atuais (DYAL-CHAND, 2015, p. 244). Essas novas realidades de negócios frequentemente tornam opacas e insuficientes variadas classificações e conceitos jurídicos, do que resultam áreas legais cinzentas, gerando verdadeira incerteza regulatória (KATZ, 2015, p. 1.068).

Além disso, como bem aponta Ranchordás (2015, p. 420), não se pode reduzir o debate à (i) proteção de pequenas, porém inovadoras *startups*; e (ii) legisladores, reguladores e grandes indústrias interessadas em manter seus clientes. Isso porque, como já se viu, diversas dessas *startups* estão longe de serem pequenos *players*. O verdadeiro embate se dá, portanto, entre (i) o interesse de estimular a inovação; e (ii) a necessidade de proteção do público em geral dos potenciais malefícios que acompanham essa inovação.

Após apresentar a ideia de que, a despeito do fato de as razões clássicas para a introdução da regulação relacionarem-se com a necessidade de proteção dos consumidores, Koopman, Mitchell e Thierer (2015, p. 544) argumentam que desse fato não decorre, invariavelmente, que referidas regulações tenham atingido seus objetivos ou mesmo que sua necessidade persista nos dias de hoje. Nessa linha, sustentam os autores que a evidência empírica parece demonstrar que existe um conjunto de elementos *a priori* melhor habilitado, em muitos casos, a resolver problemas do que a própria regulação.

Em sintonia com o exposto, é imperativo que os reguladores

olhem para o fenômeno da economia compartilhada, de fato, como uma nova modalidade de negócios. A principal implicação prática dessa percepção é que não se pode pretender incidir, às novas realidades, de forma idêntica, preceitos legais aplicáveis a práticas comerciais equivalentes. Se é verdade que muitas dessas realidades são razoavelmente análogas a produtos e serviços tradicionais, já conhecidos pelos formuladores de políticas, é igualmente certo que, no mais das vezes, diferem elas substancialmente do que já existe, não se amoldando adequadamente ao panorama regulatório estabelecido (KATZ, 2015, p. 1.076).

Assim, por exemplo, a decisão de proibição de utilização do aplicativo Uber, em razão da não conformidade de sua estrutura e operação com a legislação municipal de transporte individual de passageiros na modalidade taxi é não somente insatisfatória, mas, também, simplista (RANCHORDÁS, 2015, p. 474-475). Consistente com a sugestão de Posen (2015, p. 426), ao invés de submeter o Uber e outros modelos de negócios semelhantes a corpos regulatórios ultrapassados, inconsistentes com sua realidade, formuladores de políticas devem desenhar novas regras. Talvez por esta razão muitas das tentativas empreendidas, por exemplo, nas várias jurisdições estadunidenses se revelaram pouco efetivas (RASSMAN, 2014, p. 84).

A ideia parece harmonizar-se com a proposta alinhavada por Ashford, Ayers e Stone (1985, p. 422), para quem, ao criar uma atmosfera condutora de inovação, os reguladores devem, inicialmente, investigar a capacidade inovadora do setor econômico em questão. Nesta esteira, a análise deveria focar, principalmente, na “dinâmica inovadora”, ao invés de cingir o exame a uma proposta estática, centrada na capacidade tecnológica já existente.

O método requer, portanto, extensa investigação a respeito

da história e padrões de inovação inerentes ao setor, avaliação das capacidades tecnológicas de setores relacionados e que tenham incentivos para fornecer tecnologia substituta e as respostas desses últimos a regulações previamente estabelecidas.

3 DESAFIOS JURÍDICOS

O enfrentamento, pela literatura jurídica, de questões relativas à economia compartilhada é extremamente recente e, por isso, escasso. Também é recente a interação entre o Direito e o próprio fenômeno da inovação – muito embora as sociedades e os indivíduos invistam, anualmente, montantes substanciais em pesquisa e desenvolvimento (“P&D”), pouquíssimo se tem pesquisado a respeito, especialmente no âmbito jurídico.

A relação é mesmo das mais complicadas. Por muito tempo compreendeu-se que a melhor forma de o Direito incentivar e, mais, promover a inovação era afastando dos temas a ela relacionados. Assim, argumentava-se, pelo menos se reduziria a chance do pior resultado acontecer: o desincentivo à inovação.

É bem verdade que, em algumas situações, a intervenção estatal, ao impor pesados – e, por vezes, injustificados – ônus sobre os agentes econômicos, freia o fluxo de inovação.

No entanto e por outro lado, a absoluta ausência de normas disciplinadoras do fenômeno pode implicar no conflito entre, de um lado, valores outros também tutelados pelo ordenamento e, de outro, a necessidade de inovação. De tudo, o que se entende, hoje, é que um dos possíveis *payoffs* da relação legislação/regulação e inovação é a facilitação da introdução de novas tecnologias no mercado (RANCHORDÁS, 2015,

p. 442).

A maneira como legisladores e reguladores visualizam a inovação, compreendem suas particularidades, seus efeitos líquidos sobre os consumidores e outros participantes do mercado e da sociedade em geral e, por fim, disciplinam essa realidade, é de importância inegável. O ambiente institucional – compreendendo-se, aí, as normas que disciplinam as relações sociais – é, portanto, importante para o desenrolar do caminho de inovação.

Na verdade, a discussão abaixo apresentada se afigura da maior relevância pelo simples fato de que o panorama institucional acima referido, especialmente quando tomamos a regulação, pode afetar adversamente a inovação em quatro sentidos principais: (i) impondo limitações tecnológicas aos agentes econômicos; (ii) forçando os agentes econômicos a realizar despesas adicionais; (iii) causando incerteza; e (iv) causando atrasos. Explica-se.

Exigências de comando e controle contidas em determinações regulatórias impõem restrições diretas na conduta dos agentes econômicos, impedindo certas formas de inovação mercadológica. Sejam estas restrições passivas, isto é, configuradas por meio de vedações de condutas ou ativas, instrumentalizadas por meio da prescrição de comportamentos, a variável chave a ser investigada é o quão essas exigências restringem a liberdade de adoção, pelos agentes de mercado, de novos produtos e processos que seriam comercialmente bem-sucedidos (STEWART, 1981, p. 1.280).

É insuficiente, contudo, a compreensão de que deve haver intervenção estatal no sentido de regular e promover a inovação. Essa noção pode ser perigosa e, inclusive, gerar efeitos diametralmente opostos aos desejados, quando desacompanhada de um real interesse

em compreender, a fundo, quais as implicações práticas trazidas por determinado novo modelo.

A argumentação acima apresentada não deve enganar: até muito recentemente, o assunto inovação, para a literatura jurídica, guardava relação quase que exclusiva com temas associados à proteção da propriedade intelectual e da concorrência. A realidade demanda do jurista, no entanto, muito mais.

O interesse dogmático em um método que se proponha a compreender, em abstrato, quais os possíveis efeitos decorrentes da aplicação das normas jurídicas sobre a criatividade, o empreendedorismo e a busca pelo desenvolvimento de novas tecnologias é ainda incipiente¹¹.

Iniciativas de economia colaborativa transitam entre a atividade *pessoal e comercial, pública e privada*, desafiando, em certos casos, a própria conceituação de bens e serviços (KATZ, 2015, p. 1.092). Daí surgem inúmeras questões de importância, a ensejar a necessidade de adequação de conceitos e categorias jurídicas cunhados em um contexto fático substancialmente diverso, especialmente porque os modelos de negócio disruptivos tendem a desafiar o binarismo geralmente preferido por legisladores e aplicadores do Direito, situando-se, verdadeiramente, em espaços intermediários¹².

Em nosso ver, um dos principais pontos que terão de ser enfrentados, talvez especialmente pelo Poder Judiciário, referencia a questão da responsabilidade dos gestores de plataformas *peer-to-peer*,

¹¹ A respeito de uma vertente denominada *Innovation Law*, ver Ranchordás (2015, p. 33 e ss.).

¹² Neste sentido, assevera, acertadamente, Gauthier (2016, p. 16): “Un primer desafío que enfrentan las empresas que se están desarrollando en el marco de la economía compartida, se vincula con la dificultad de tener que regirse por reglas o normas de la más diversa índole, concebidas para otro tipo de realidades o negocios y donde a menudo se perciben desajustes tan importantes que las tornan inaplicables en muchos casos”.

tais como aquelas que intermediam o transporte de passageiros, o aluguel de automóveis, a locação de quartos e apartamentos e a prestação de serviços, dentre outros.

Isso porque, como sugere Katz (2015, p. 1.099), alguns pressupostos tradicionalmente estabelecidos para relações de consumo, como, por exemplo, a vulnerabilidade e hipossuficiência dos consumidores, a posição superior de barganha dos fornecedores e o tratamento destes como agentes aptos a implementar medidas de mitigação e gestão de riscos a um custo mais baixo, parecem não se sustentar, quando criticamente examinados.

Os “fornecedores” – e aqui valemo-nos do termo sem a acepção técnica fornecida pela legislação consumerista, até porque a adequação do conceito deverá ser objeto de estudo singular, em virtude de sua importância – atuantes em plataformas de compartilhamento são, geralmente, participantes casuais e informais, operando em escala substancialmente inferior à de seus análogos tradicionais e sem o mesmo expertise (cogite-se, por exemplo, daquele que aluga seu apartamento de um quarto, de um lado, e um hotel, de outro), utilizando, muitas vezes, bens e capital próprio.

Pelo fato de que, na maioria dos casos, tais “fornecedores” estarão em pé de vulnerabilidade com os próprios usuários (isto é, os demandantes), parece insensato exigir, dos primeiros, o mesmo nível de *compliance* regulatório, submetendo-lhes ao mesmo regime jurídico de seus análogos tradicionais.

Nesta linha de raciocínio, reguladores parecem tentados a estabelecer a responsabilidade indireta das próprias plataformas em virtude de acidentes relacionados às negociações ocorridas em seus ambientes (KATZ, 2015, p. 1.100). A estratégia de esquiwa destas

últimas, naturalmente, é a de albergar-se sob o manto da natureza de mero intermediário neutro, o qual somente facilita a realização de operações entre os usuários do ambiente.

Dentre os vários modelos possíveis de atribuição de responsabilidade aplicáveis aos negócios da economia compartilhada, Katz (2015, p. 1.106) afirma não estar claro qual a melhor proposta para se alocar, de forma adequada, a responsabilidade entre os “fornecedores”, usuários (demandantes) e as próprias plataformas.

Isto porque os *marketplaces* geralmente não são absolutamente passivos, exercendo, ao menos em algum grau, controle sobre os “fornecedores” e sobre as próprias transações. Além disso, quase todas as plataformas têm algum tipo de interesse financeiro nas operações, usualmente pelo recebimento de determinado percentual destacado sobre o valor do negócio, fatores estes que sugerem, de antemão, a inadequação de um sistema de irresponsabilidade absoluta.

Por outro lado, impor aos agentes disruptivos deveres ativos de extenso monitoramento da aquiescência de “fornecedores” e usuários com a legislação parece implicar em altíssimos custos de conformidade. Vê-se, assim, não haver fórmula simplista, de modo que esta dificuldade tende a se irradiar, com maior ou menor intensidade, para todas as demais questões polêmicas¹³.

Na sequência, alguns elementos devem necessariamente ser levados em consideração no debate a respeito da regulação das realidades de economia colaborativa.

O primeiro deles diz respeito à *incerteza*. A incerteza, por óbvio, é um dado intrínseco ao processo de inovação. No entanto, graus elevados

¹³ Para algumas sugestões de propostas regulatórias para as realidades da economia compartilhada, veja-se Katz (2015, p. 1.109-1.126).

de incerteza têm por consequência justamente a inatividade criativa. Os agentes econômicos serão, de fato, relutantes em inovar caso haja fundadas dúvidas de que seus novos modelos de negócios serão aceitos pelos legisladores e reguladores (STEWART, 1981, p. 1.280-1.281) ou caso haja constantes e incoerentes revisões legislativas ou judiciais a respeito desses modelos.

Também neste aspecto deverá prevalecer a ponderação do regulador, porquanto, conforme sugerem Ashford, Ayers e Stone (1985, p. 426), se, por um lado, alterações frequentes nos requerimentos regulatórios podem frustrar o desenvolvimento tecnológico, por outro, excessivos níveis de estabilidade e certeza também podem ocasionar ociosidade industrial, estimulando, portanto, apenas o desenvolvimento de produtos e serviços que atendam níveis mínimos de exigência legal.

O segundo elemento trata-se da *complexidade*. É imperativo que reconheçamos que a inovação é fenômeno, processo ou resultado complexo e, como complexo que é, não pode prescindir de soluções orquestradas, orgânicas, conjunturais – ao contrário de soluções simplistas. Nessa linha, para bem disciplinar as novas realidades, necessário será um conjunto de instrumentos, públicos e privados, em que nenhum deles, individualmente tomado, é, *a priori*, apto a solucionar, de forma definitiva, o problema. De maneira sintética, as destruições criativas usualmente envolvem, em alguma medida, caminhadas em ambientes desconhecidos (WHITT, 2009, p. 524-549).

O terceiro elemento para o qual se chama atenção é a *temporiedade* ou *flexibilidade*. Conforme já aduzido, a inovação é fenômeno complexo e permeado, naturalmente, pela incerteza. Dessa forma, qualquer modalidade de legislação e regulação que se pretenda fechada em si mesma estará, inevitavelmente, fadada ao descrédito e

à inaptidão para disciplinar, de maneira adequada, os fatos sociais e econômicos, em algum momento do tempo.

No entanto, essa última observação não deve desanimar: de toda sorte, sempre foi essa a realidade da normatização de disciplinas relativas, por exemplo, ao direito comercial, onde a *lex mercatoria*, apoiada nos usos e costumes comerciais se desenvolveu a passos muito mais largos do que sua correspondente positivada.

A solução para esse descompasso, longe de estar definitivamente sedimentada, parece passar por uma certa flexibilidade regulatória, necessária para fazer frente ao contexto de evolução rápida e incerteza, como bem quer Listokin (2008, p. 480-484). Essa flexibilidade, argumentam alguns, será importante no sentido de contribuir para o desenvolvimento de regulações ótimas¹⁴.

Ao jurista se impõe, portanto, um novo desafio: enfrentar o fenômeno da inovação e as variadas implicações dele decorrentes por outras lentes, além das tradicionalmente utilizadas, a saber a da proteção de direitos de propriedade intelectual e da concorrência.

Muito embora, nas discussões atuais a esse respeito, o instituto, por exemplo, da proteção patentária seja dos primeiros a ocorrer-nos, nem todas as formas de inovação obedecem aos critérios legalmente exigidos para referida proteção. Mais além, argumenta-se que, no âmbito da economia colaborativa, a ausência de proteção de direitos de propriedade intelectual parece não ter diminuído o volume de criatividade (HOESCHELE, 2011)¹⁵.

14 Para sugestões de soluções regulatórias no sentido da flexibilização, como, por exemplo, a introdução de *sunset clauses* ou as experimentações de pequena escala, veja-se Ranchordás (2015, p. 451).

15 Nas palavras do autor: "The critical point is that innovation would not stop in the absence of patents. Instead, it would go in different directions, and it would be funded primarily by people and institutions who have an interest in the use value of those innovations, rather than by those who have an interest in their exchange value. This

Igualmente importante, será imperativo transpor os limites do direito antitruste. A intervenção estatal no sentido de promoção da inovação não pode e não deve ser reduzida a preocupações de ordem concorrencial. É evidente que a inovação é um importante motor de aumento da competitividade entre os agentes de mercado. No entanto, caso o panorama institucional se conforme apenas com esse apontamento e seus desdobramentos, será inevitável sua insuficiência para compreender novos modelos de colaboração.

A ideia central é a de que a inovação pode e deve ser promovida por instrumentos legais que não dizem respeito diretamente à proteção de direitos de propriedade industrial e intelectual e à garantia da concorrência. Esses dois campos, apesar de importantes, são insuficientes para apreender diversas realidades, em especial no que toca à economia colaborativa: iniciativas locais para o *empowerment* de minorias, a integração de imigrantes ou a conscientização do empresariado sobre responsabilidade social são apenas alguns exemplos de realidades que escapam, por muito, dessas tradições.

Nessa linha, Ranchordás (2015, p. 453-454) menciona, como exemplos reais e aptos a promover a inovação, (i) a introdução do *Startup Visa Act of 2013*, documento legislativo estadunidense que, modificando o *Immigration and Nationality Act*, buscou atrair empreendedores estrangeiros para suplantiar deficiências do mercado daquele país; e (ii) a introdução do *Startup Business Visa*, modalidade de visto canadense que poderá garantir possibilidade de residência permanente a empreendedores

would dramatically change who determines what technological innovation happens, making it user-driven rather than seller driven; it would also shift innovation away from merely product innovation and toward process innovation and social innovation. Such innovations include, for example, all the innovations of the “sharing economy” from couch-surfing to P2P car-sharing, that allow people to make more effective use of the resources they already own, while reducing their environmental impacts”.

estrangeiros que cumprirem determinados requisitos.

Em síntese, para que se trace um desenho institucional-regulatório adequado a tal ou qual nova tecnologia emergente, três determinações devem, imperativamente, ser realizadas, levando-se em consideração todas as particularidades acima discutidas, quais sejam (i) qual é a resposta tecnológica desejável para determinado problema identificado (por exemplo, deveria a regulação induzir uma modificação no produto ou processo ou a mera difusão da tecnologia existente?)¹⁶; (ii) qual é o setor da atividade econômica mais propício a promover a inovação desejada; e (iii) qual é a espécie de regulação que, com maior probabilidade, fornecerá os resultados desejados (ASHFORD; AYERS; STONE, 1985, p. 429).

Como aponta Dyal-Chand (2015, p. 247), a falha conceitual mais grave parece residir, justamente, na incompreensão dos pressupostos fundamentais que orientam os novos modelos de negócios e na consequente falha na percepção de que a economia colaborativa se apoia em instituições essencialmente distintas daquelas do capitalismo tradicional, não se conformando, na maioria dos casos, às categorias e classificações preexistentes. O importante é, contudo, não encarar tal desconformidade de forma pouco pensada e, de plano, relegar os novos modelos de negócios à ilegalidade.

Exemplos de tentativas interessantes podem ser encontrados na legislação do Estado da Califórnia, primeiro a legalizar os serviços

¹⁶ Contudo, devemos advertir, com Stewart (1981, p. 1.282), que, se a tecnologia necessária não se encontrar bem estabelecida, consolidada, “devising effective incentives for social invention under command-and-control standards is much more difficult. Regulatory agencies can try to anticipate and thus “force” the state of the art by adopting standards based on a regulatory agency’s estimate of the most promising technical opportunities. But if the firms subject to regulation must develop the technology that will achieve those standards, the regulatory agency may suffer serious handicaps in acquiring the information necessary to justify its estimate of the most promising technical opportunities”.

chamados de “peer-to-peer ridesharing”, em setembro de 2013, erigindo o conceito legal de “transportation network company” (TNC), classificadas como companhias ou organizações que, operando na Califórnia, fornecem serviços de transporte utilizando plataformas online para conectar passageiros e motoristas que utilizam seus veículos particulares, não comerciais. Igualmente, em junho de 2014, o Estado do Colorado promulgou o “Transportation Network Company Act”, diploma que se vale da mesma figura acima apresentada, qual seja a das TNC.

No Brasil, o Município de São Paulo, por meio do Decreto nº 56.981/2016, regulamentou o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor. Neste mesmo diploma, criou-se a figura jurídica das Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas (OTTC), entidades que gerenciam plataformas tecnológicas para a exploração das atividades ali disciplinadas.

CONCLUSÕES

Apoiando-nos em Katz (2015, p. 1.084), é necessário concluir que regular a economia colaborativa requer um verdadeiro equacionamento de interesses. Autoridades regulatórias devem certificar-se de que as regras estabelecidas protegem, adequadamente, tanto os participantes dessa nova realidade como terceiros que, direta ou indiretamente, com ela se relacionam.

Adicionalmente, não se pode ignorar a relevância desses novos negócios e, via de consequência, a imperatividade de se lhes disciplinar, porquanto sejam veículos aptos a gerar benefícios não

somente aos consumidores, mas, também, ao próprio Estado, dos quais é exemplo o incremento na arrecadação tributária. Complementarmente, a dinamicidade dos produtos e serviços concebidos poderá, em certos casos, apresentar sérios riscos, merecedores de aguçada atenção.

Como subsídios para uma discussão mais aprofundada, remetemos o leitor a algumas sugestões de Katz (2015, p. 1.109-1.126) que, muito embora exaradas em contexto institucional diferente, parecem servir, se não como objeto para transposição à nossa realidade, ao menos como elementos para um exame crítico mais profundo.

Por tudo, é extremamente importante que a pesquisa jurídica avance, com maior interesse e agilidade, em temas sensíveis referentes à inovação, disponibilizando, assim, substratos para que legisladores e reguladores possam efetivamente compreender as razões intrínsecas dos novos modelos e suas reais consequências para a comunidade.

Somente assim a produção normativa poderá, (i) ser suficientemente estável e previsível para transmitir confiança e segurança aos empreendedores e consumidores, garantindo um adequado balanço entre inovação e outros valores a serem tutelados pelo ordenamento, endereçando, de forma apropriada, eventuais externalidades negativas geradas pelas plataformas inovadoras; e (ii) pretender não se distanciar da realidade, em última instância estabelecendo uma estrutura institucional que crie desincentivos à criação de novos produtos e serviços.

REFERÊNCIAS

ANGELUCCI, Manuela; DI MARO, Vincenzo. **Program evaluation and spillover effects**. Ann Arbor: IZA, 2015. Discussion Paper No. 9033.

ASHFORD, Nicholas A; AYERS, Christine; STONE, Robert F. Using regulation to change the market for innovation. **Harvard Environmental Law Review**, Harvard, v. 9, 1985, p. 419-466.

BARRY, Jordan M.; CARON, Paul L. Tax regulation, transportation innovation, and the sharing economy. **The University of Chicago Law Review Dialogue**, Chicago, v. 82, n. 69, p. 69-84, 2015.

DE SOTO, Hernando. **The mystery of capital: why capitalism succeeds in the west and fail everywhere else**. London: Black Swan Books, 2001.

DYAL-CHAND, Rashmi. Regulating sharing: the sharing economy as an alternative capitalist system. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 90, n. 2, p. 241-309, 2015.

FIANI, Ronaldo. **Teoria da regulação econômica: Estado atual e perspectivas futuras**. 1998, Disponível em: <www.ir.ufrj.br/gre/pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

FOCHEZATTO, Adelar; VALENTINI, Paulo Juliano. Economias de aglomeração e crescimento econômico regional: um estudo aplicado ao Rio Grande do Sul usando um modelo econométrico com dados de painel. **Economia**, Niterói, p. 243-266, dez. 2010.

GAUTHIER, Gustavo (Coord.). **Disrupción, economía compartida y derecho: enfoque jurídico multidisciplinario**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

HOESCHELE, Wolfgang. Role of commons and common property in an economy of abundance. 2011. Disponível em: <http://wiki.p2pfoundation.net/Role_of_the_Commons_and_Common_Property_in_an_Economy_of_Abundance>. Acesso em: 26 ago.2016.

JEHLE, Geoffrey; RENY, Phillip. **Advanced microeconomic theory**. New Jersey: Prentice Hall, 2011.

- KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, v. 30, p. 1.066-1.126, 2015.
- KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change. **The Journal of Business, Entrepreneurship & Law**, Malibu, v. 8, p. 530-545, 2015.
- LISTOKIN, Yair. Learning through policy variation. **Yale Law School Scholarship Repository**, Yale, p. 480-553, 2008.
- MANKIWI, N. Gregory. **Principles of economics**. Stamford: Cengage Learning, 2015.
- MOREY, Edward. **An introduction to market failures**. 2015. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/economics/morey/4545/introductory/marketfailures.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- POSEN, Hannah A. Ridesharing in the sharing economy: should regulators impose Uber regulations on Uber? **Iowa Law Review**, Iowa, v. 101, p. 405-433, 2015.
- RANCHORDÁS, Sofia. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. **Minnesota Journal of Law, Science and Technology**, Minnesota, v. 16, 2015, p. 413-476.
- RASSMAN, Catherine L. Regulating rideshare without stifling innovation: examining the drivers, the insurance “gap”, and why Pennsylvania should get on board. **Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy**, Pennsylvania, v. 15, 2014, p. 81-100.
- STEWART, Richard B. Regulation, innovation and administrative law: a conceptual framework. **California Law Review**, California, v. 69, n. 5, p. 1.256-1.377, 1981.
- WHITT, Richard S. Adaptative policymaking: evolving and applying

emergent solutions for U.S. Communications Policy. **Federal Communications Law Journal**, Washington, v. 61, p. 483-590, 2009.

Como citar: SILVA, Raphael Andrade; PAIVA, Matheus Silva de; DINIX, Gustavo Saad. Desafios Jurídico-Regulatorios e Economia Compartilhada: Elementos para uma Reflexão Crítica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 98-125, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p98. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/09/2016

Aprovado em: 06/06/2017

**DEMOCRACIA DELIBERATIVA E
CORRUPÇÃO: A BUSCA PELO AGIR
COMUNICATIVO NO PODER PÚBLICO**

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND
CORRUPTION: THE SEARCH FOR
COMMUNICATIVE ACTION IN THE PUBLIC
POWER

Leonardo da Rocha de Souza*
José Alcebíades de Oliveira Junior**

* Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Ética e Filosofia Política (UCS). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS). Professor adjunto da Universidade de Caxias do Sul. Procurador do Município de Caxias do Sul/RS. Editor Científico da Revista Juris Plenum Direito Administrativo. Email: leorochasouza@gmail.com.

** Pós-Doutorando na Justus-Liebig-Universität Giessen, Alemanha. Doutor em Direito - Filosofia do Direito e da Política - pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo. Professor Titular da UFRGS. Pesquisador nível 1D do CNPq. Líder dos Grupos de Pesquisa "Direitos Fundamentais e Novos Direitos" e "Sociologia Judiciária - Clí-

Como citar: SOUZA, Leonardo da Rocha de; OLIVIERA JUNIOR, José Alcebíades de. Democracia deliberativa e corrupção: a busca pelo agir comunicativo no poder público. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p.126-153, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p126. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A corrupção é uma deturpação que ocorre na atuação política, afastando os gestores públicos de realizarem o interesse público. O objetivo deste texto é demonstrar que o desenvolvimento da corrupção ocorre por que os detentores do poder político realizam suas ações de forma estratégica, com base em uma racionalidade teleológica que escolhe realizar os interesses privados dos gestores públicos. Esse objetivo está traduzido no seguinte problema de pesquisa: que tipo de agir se espera daqueles que detêm o poder político?

O método de abordagem empregado é o dialético, utilizando-se a técnica de pesquisa de documentação indireta, com um enfoque crítico. Como resultado, demonstra-se que a adoção de um agir comunicativo afastaria os agentes públicos de atuações corruptas, pois, baseada em uma razão comunicativa, a busca pelo entendimento mútuo faria com que as motivações dos atos públicos recebessem maior aceitação da coletividade e, portanto, deveriam estar afastadas de patologias corruptivas. As conclusões da pesquisa apontam para a necessidade de transparência e informação para que os atos públicos sejam controlados pela sociedade.

Palavras-chave: Corrupção. Cultura política. Deliberação. Democracia. Gestão pública.

Abstract: Corruption is a distortion that occurs in politics; hence, the lack of public interest in these actions. In this way, the purpose of this paper is to demonstrate that corruption occurs because those who hold political power carry out their acts strategically based on a teleological rationality, as their purpose is to fulfill primarily private interests. Moreover, this objective forms the following research problem: which type of action should and can we expect of politicians? The answer to this question is simple, as this study demonstrates that a politician's adoption of

nica de estudos interdisciplinares sobre o Direito, a Justiça e o Poder Judiciário”, DGP/CNPq. Editor Chefe da Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Email: alcebiadesjunior@terra.com.br.

communicative actions can significantly reduce the probability of corruption. However, this finding is based on communicative reasoning and the search for mutual understanding would cause the motives of public acts to gain widespread attention, gaining the population's acceptance, and in this way, politicians would most probably shy away from possible corruptive pathologies. In conclusion, research findings indicate a need for transparency and a more assessable means for information so society may easily seek them.

Keywords: Corruption. Deliberative Democracy. Political culture. Public administration.

INTRODUÇÃO

A formação do Brasil como um país livre e democrático provém de uma série de lutas e manifestações. No entanto, quando se pensa nas relações da sociedade civil com o Poder Público, percebe-se certa subalternidade. Desde a colonização, os portugueses “foram se instalando como ‘amigos’ e ‘familiares’ amistosos”, o que influenciou a confusão “entre a esfera pública e a privada, entre a ideia de família e de Estado, como salientou Sergio Buarque de Holanda (1995): Uma excessiva “cordialidade”¹ acabou se transformando em submissão das pessoas aos poderes públicos, possibilitando uma crescente afirmação do clientelismo nas relações entre a esfera pública e a esfera privada (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 80)².

A realidade democrática atual surgiu após uma série de situações políticas adversas como ditaduras e golpes, que levaram o brasileiro a certo amadurecimento sobre a importância da conquista de instituições republicanas, democráticas e transparentes. Por isso é importante aproximar a democracia do combate à corrupção. “O Brasil costuma ser chamado de país do futuro, devido à sua juventude”. No entanto, “[...] a sociedade não pretende mais esperar, e através de movimentos sociais fortes tem mostrado que deseja respostas imediatas para [...] seus problemas, dentre os quais a corrupção dos poderes públicos.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 80).

Esse desejo por respostas imediatas foi demonstrando nos

1 A cordialidade tratada por Holanda não se refere à polidez ou à educação, mas a agir com o coração, de forma emocional, o que pode expressar sentimentos de concórdia ou de discórdia (HOLANDA, 1995, p. 146-147, 205-206).

2 Apesar da ênfase deste texto para o protagonismo da corrupção no Brasil, tem se consciência de que “O fenômeno da corrupção existe desde a Antiguidade como uma das formas de comportamento mais conflitantes com a boa administração dos interesses públicos” (RAMINA, 2009, p. 1).

movimentos sociais que ocorreram no Brasil em junho de 2013. Na obra “Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil” (MARICATO et al., 2013), vários autores propõem estudos para entender o que acontecia na época e o que está acontecendo hoje no Brasil. A compreensão dessa realidade exige que se perceba que aqueles movimentos almejavam a concretização e a ampliação dos direitos sociais, principalmente por que muitas políticas públicas e sociais não atendem os problemas sociais. Mas também há o problema do direito à circulação e ao transporte público e coletivo de qualidade, o que exige que o transporte coletivo deixe de ser empecilho ao direito de liberdade e passe a ser sua solução. Essa questão da mobilidade exige do Poder Público uma atuação específica na realização de obras, mas a sociedade observava o contrassenso de altos investimentos em estádios que, após a Copa do Mundo de Futebol, ficariam subutilizados. A tudo isso somam-se os problemas de desvio de dinheiro, do superfaturamento das obras e da “crise da representação” política (OLIVEIRA JUNIOR, 2013, p. 409-410). Essa crise de representação está relacionada com a perda da força dos instrumentos da democracia tradicional (como partidos e eleições), que “[...] dejaron lugar a la intervención, la vigilancia y el control de una ciudadanía informada, atenta y cada vez más impaciente” (EBERHARDT, 2015, p. 186).

Além disso, percebe-se a crescente maturação social da “sociedade civil brasileira como um todo”, que a levou a perceber que “o dinheiro que é disperso na corrupção”, poderia servir para a realização de “políticas públicas de inclusão social, sem contar o fato de que pela prática da corrupção se perdem oportunidades de aproveitar determinadas verbas públicas” (RECK; PIOVESAN, 2015, p. 125).

Assim, além de questões específicas relacionadas com a

melhoria de vida nas cidades, parece estar cada vez mais clara a rejeição das pessoas à forma de atuação dos políticos governantes, a tal ponto de um sério e preocupante desprezo com o sistema representativo. É possível que muito dessa rejeição se deva “aos contínuos escândalos de corrupção que têm assolado o país”, envolvendo diversos partidos e ideologias políticas, ultimamente marcados pelo “mensalão” (Ação Penal 470 do STF) e pela “Operação Lava a Jato” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 81-82).

Diante disso, o problema que se busca responder neste artigo é: que tipo de agir se espera daqueles que detêm o poder político? A proposta é demonstrar que a corrupção provém de um agir estratégico dos detentores do poder e que, portanto, a solução passaria pela adoção de um agir comunicativo, possibilitado pela transparência e pelo acesso à informação. O método de abordagem empregado é o dialético, contrapondo-se as estruturas do poder e da economia à atividade dos agentes públicos e propondo-se uma aproximação da teoria do agir comunicativo proposta por Habermas para resolver esse conflito, de modo a chegar-se a um reposicionamento ético dos governantes. Utiliza-se a técnica de pesquisa de documentação indireta, com a análise de textos normativos e revisão bibliográfica.

Para realizar esse estudo, inicia-se com uma abordagem da racionalidade do discurso proposta por Habermas, identificando-se as racionalidades epistêmica, teleológica e comunicativa, de forma a perceber-se qual delas está sendo utilizada pelos agentes públicos envolvidos em corrupção (item 2). A seguir, defende-se que o combate à corrupção é facilitado quando se utiliza a linguagem para a busca do entendimento mútuo, afastando-se dos interesses pessoais dos agentes e aproximando-se dos interesses da coletividade (item 3). Por fim,

propõe-se ampliar medidas que garantam a transparência dos atos do Poder Público e a facilitação do acesso à informação como meios para alcançar a ética pública e combater a corrupção (item 4).

1 A RACIONALIDADE DO DISCURSO EM HABERMAS E A IDENTIFICAÇÃO DO AGIR DOS AGENTES ENVOLVIDOS EM CORRUPÇÃO

O livro “Teoria da Ação Comunicativa” de Jürgen Habermas (1987) foi lançado na Alemanha em 1981, mas suas primeiras linhas sobre uma “teoria da ação comunicativa” veio dez anos antes, no prólogo ao livro “Lógica das Ciências Sociais” (HABERMAS, 1987, p. 9). A diferença é que, o que antes era uma teoria da linguagem para fundamentar as ciências sociais, em “Teoria da Ação Comunicativa” passa a ser o objetivo central. De qualquer forma, a teoria da ação comunicativa não é uma metateoria, mas o princípio de uma teoria da sociedade que se esforça por dar razão aos cânones críticos de que faz uso (HABERMAS, 1987, p. 9).

A ação comunicativa ocorre por meio de atos de fala, na interação entre as pessoas, que modifica a todos os envolvidos, transformando a estrutura mental do indivíduo e o universo externo, ocorrendo a “[...] descentração de uma compreensão do mundo de cunho inicialmente egocêntrico”. Isso permite o entendimento do mundo e a criação “[...] de um processo cooperativo de interpretação que tem como finalidade a obtenção de definições da situação que possam ser intersubjetivamente reconhecidas” (HABERMAS, 1987, p. 102-103).

Os atos de fala ocorrem, portanto, em relações intersubjetivas

ocorridas no mundo da vida. O mundo da vida é a origem e fundamento das ciências objetivas, “[...] um novo ponto de partida no caminho para a fenomenologia transcendental”, exercendo a função de fundamento das ciências e de “[...] fio condutor... para o retorno da fenomenologia à subjetividade constitutiva do mundo”. O mundo da vida é, assim, “[...] o mundo histórico-cultural concreto, sedimentado intersubjetivamente em usos e costumes, saberes e valores... que precede toda a conceitualização metafísica e científica.” (ZILLES, 2002, p. 48-50). Para Habermas, mundo da vida é “o próprio solo da prática comunicativa cotidiana”, presente na intersubjetividade linguística, e que “descansa sobre pressupostos idealizadores” (HABERMAS, 1990, p. 88.)

Para que as pessoas se entendam no mundo da vida, é preciso construir-se um pano de fundo no qual as pessoas se conectem. Para isso, é necessário que elas tenham algo em comum, formando contextos que permitam acordos mútuos, formando convicções de fundo e um acervo de saber cultural. Se esse saber cultural está baseado no entendimento, os participantes podem alcançar um acordo motivado racionalmente; se está baseado, no entanto, em uma imagem mítica de mundo, os participantes “[...] se vêm privados da oportunidade de chegar por si mesmos a um acordo suscetível de crítica” (HABERMAS, 1987, p. 103-105).

A comunicação racional depende das pessoas perceberem-se como participantes de um mesmo mundo objetivo. Essa percepção levará as pessoas a perceberem, por exemplo, que qualquer proferimento ou atitude que favoreça a coletividade as atingirá de alguma forma, pois fazem parte de um mundo da vida intersubjetivamente partilhado (HABERMAS, 1987, p. 30-31).

Como as opiniões, ações e proferimentos linguísticos têm “diferentes raízes de racionalidade”, a racionalidade da comunicação

modifica-se, sendo observada de formas diferentes, pois a comunicação pode ser utilizada na “estrutura proposicional do conhecer, na estrutura teleológica do agir e na estrutura comunicativa do falar”, levando a três racionalidades: a epistêmica, a teleológica e a comunicativa. Essas racionalidades podem estar presentes em diversos tipos de discursos, e a importância de trabalhá-las no contexto da corrupção é identificá-las no agir dos atores públicos para que se perceba sua intenção (HABERMAS, 2004, p. 101-102). Os pressupostos básicos dessas racionalidades são trabalhados neste texto na seguinte perspectiva: se as pessoas sabem que tipo de racionalidade está sendo utilizada pelos gestores públicos, poderão reagir melhor aos seus proferimentos.

Racionalidade epistêmica: um proferimento ou uma ação de um gestor público podem estar relacionados, simplesmente, à prática de alguma atividade técnica para a realização de uma política pública. Quando um agente público define que é necessária certa quantidade de asfalto para a pavimentação de uma via pública, por exemplo, ele pode estar se manifestando de forma técnica, sem a intenção de desviar recursos. Nesse caso, o agente está utilizando uma racionalidade epistêmica. Esse proferimento será considerado racional se proveniente de conhecimento do agente sobre o assunto (mesmo um saber intuitivo, implícito ou prático) e desde que possa ser fundamentado (HABERMAS, 2004, p. 100, 104-105).

Racionalidade teleológica ou estratégica: o agir teleológico é intencional (de acordo com a vontade do agente) e tem uma finalidade (está direcionado a um fim determinado pelo agente). A racionalidade do agir teleológico ou estratégico está na viabilidade de o meio escolhido pelo agente ser suficiente para alcançar o fim por ele desejado (HABERMAS, 2004, p. 100, 103, 106-107). “Tal racionalidade (a estratégica) limita-se

a analisar as condições que um sujeito tem que cumprir para realizar os fins a que se propõe.” (DUTRA, 2005, p. 55). Se um agente público, dessa forma, define que é necessária uma quantidade de asfalto superior à necessária com o intuito de receber valores para si, estará utilizando-se do agir estratégico. Por isso, para que a sociedade avalie a atuação de um agente público, precisa conhecer suas intenções e os meios que pretende utilizar para sua consecução, permitindo-se saber se existem interesses privados mascarados como sendo interesses públicos.

Racionalidade comunicativa: para que as ações deixem de ser teleológicas e passem a ser comunicativas precisam buscar o entendimento por meio de condições formais que possibilitem o “consenso racionalmente motivado” e que indiquem de que forma essas ações devem ocorrer para serem consideradas racionais nas “relações dos participantes na interação que travam entre si.” Nesse sentido, o consenso deve provir de decisões que os participantes tomam durante os processos de interpretação dos argumentos uns dos outros durante a deliberação. Para isso, o consenso não deve ser algo imposto, mas, sim, deve ser comunicativamente alcançado (HABERMAS, 1987, p. 433-434). O entendimento mútuo é alcançado por meio da linguagem e da prática argumentativa, sem utilizar meios de imposição como poder e o dinheiro (HABERMAS, 2004, p. 100, 107). Em outras palavras, “[...] a racionalidade comunicativa tem que ter por base a força do melhor argumento, ‘a coação sem coações’ do melhor argumento, e não a coação da força ou do poder, por exemplo” (DUTRA, 2005, p. 47).

Se os atos dos agentes públicos se aproximam mais do agir comunicativo, a tendência é que sejam atos destituídos de corrupção, já que esta, em uma de suas inúmeras definições “[...] constitui o efeito combinado do monopólio de poder e da discricionariedade no poder

de decisão na ausência de responsabilidade” (RAMINA, 2002, p. 30). Como a razão comunicativa exige que o falante procure entender-se com o ouvinte sobre algo, os atos de fala precisam ser compreensíveis e aceitáveis, pois “[...] os participantes da comunicação desfrutam a liberdade do poder-dizer-não [...]” (HABERMAS, 2004, p. 108), o que exige do agente transparência nos seus argumentos e atos que possam ser aceitos pelas pessoas, agindo com responsabilidade e fundamentando suas decisões. Se um ato é transparente não poderá ter intenções escondidas de desvio de dinheiro público; e, se o ato precisa ser aceito pelas pessoas, não poderá beneficiar os interesses de poucos.

Habermas admite a possibilidade de os atos de fala epistêmicos e teleológicos serem utilizados de forma comunicativa.

Nos atos de fala epistêmicos, se a intenção do falante é a simples transmissão de um conhecimento, ocorre um uso não-comunicativo da linguagem. No entanto, se a intenção do falante é fazer com que o ouvinte chegue à sua mesma concepção, ou que considere seriamente sua opinião, a linguagem passa a ser utilizada de forma comunicativa, pois à mera transmissão do conhecimento acrescenta-se a necessidade de o falante entender-se com o ouvinte. E o ouvinte somente aceitará o que foi dito se considerar que o falante tem “boas razões para convencê-lo do fato afirmado” (HABERMAS, 2004, p. 112).

Em relação aos atos de fala teleológicos pode ocorrer algo similar: se o que o falante pretende é, simplesmente, transmitir suas intenções, a linguagem assume uma característica não comunicativa. Contudo, se o objetivo do falante é fazer com que o ouvinte leve em consideração suas intenções, o uso da linguagem passa a ser comunicativo, pois é acrescentada a necessidade de aceitação por parte do ouvinte. E “[...] o ouvinte levará a sério a intenção anunciada se estiver convencido de que

o falante pensa o que diz e tem boas razões para tornar verdadeiro seu anúncio” (HABERMAS, 2004, p. 112-113).

2 O COMBATE À CORRUPÇÃO POR MEIO DO USO DA LINGUAGEM ORIENTADO AO ENTENDIMENTO MÚTUO

Uma deliberação realizada de acordo com o agir comunicativo exige atos de fala que possibilitem o entendimento mútuo, que sejam motivados racionalmente e explicitem a intenção do falante. A aceitação do ato de fala ocorrerá se o falante demonstrar sua pretensão de validade. Essa aceitação somente é possível quando o destinatário entende as intenções do falante, pois elas podem revelar se o falante está buscando o entendimento mútuo ou se é um ato teleológico (estratégico) utilizando apenas para alcançar um fim traçado pelo agente (HABERMAS, 2004, p. 107-108).

Como a racionalidade comunicativa exige que o destinatário aceite como válido o que é dito pelo falante, precisa atender a pretensões de verdade, de veracidade e de correção. Dessa forma, o agente público precisa demonstrar que seu ato tem uma pretensão de verdade, ou seja, que está de acordo com a realidade [por exemplo, é necessário asfaltar uma via pública]; tem uma pretensão de veracidade, ou seja, algo confirmado pela vivência do agente [por exemplo, a quantidade de asfalto para esse serviço é “x”]; tem uma pretensão de correção, ou seja, está de acordo com normas reconhecidas na sociedade [por exemplo, para contratar a aquisição de asfalto e o serviço de pavimentação é necessário realizar tais e tais exigências em uma licitação] (HABERMAS, 2004, p. 108-109).

Com isso, a ação comunicativa permite trazer à superfície patologias sociais como as patologias corruptivas (LEAL, 2014, p. 8), pois permite verificar se as ações estão submetidas a sistemas de ação autônomos como a política e a economia (HABERMAS, 1987, p. 10). Em uma contratação pública, por exemplo, a ação comunicativa precisaria estar presente em todas as suas fases, que envolvem (além de fases prévias como a identificação da necessidade da contratação e as escolhas técnicas) o planejamento orçamentário, o planejamento administrativo, a formação do contrato e a execução contratual. Para que se aplique o agir comunicativo em todas essas fases é necessário que se garanta processos de participação, publicização, formalização, seleção de contratantes, controle fiscal, seleção de direitos e obrigações contratuais públicas, formação do orçamento, planejamento, satisfação das contrapartidas públicas e privadas, execução e acompanhamento da contratação pública e controle administrativo (BITTENCOURT; RECK, 2015, p. 43-46), sempre de forma transparente. Todas essas fases e processos terão seu grau de racionalidade aumentado à medida que melhor possam ser fundamentados (HABERMAS, 1987, p. 26) e realizados de acordo com o interesse público. Para isso a ação comunicativa precisa ter uma estrutura gramatical que seja bem trabalhada pelos participantes, permitindo a análise da reprodução social, de patologias sociais e de “diretrizes para a transformação emancipadora do ser humano” (LEAL, 2006, p. 406).

As “bases normativas da teoria social crítica” devem compreender “pressuposições idealizadoras que devem ser efetuadas por uma pessoa que tenta chegar ao entendimento sobre algo com alguém” e devem ser formadas “por imperativos categóricos ampliados a partir da perspectiva kantiana”, buscando a “justificação e fundamentação” dos argumentos dos participantes nas “suas interações no mundo da

vida” (LEAL, 2006, p. 406). Para Habermas, “qualquer que participe em uma argumentação demonstra sua racionalidade ou sua falta pela forma como atua e responde às razões que se lhe oferecem a favor ou contra o que está em litígio”. A partir daí, assim são diferenciados os comportamentos racionais e não racionais em uma ação comunicativa: o participante que tem comportamento racional “se mostra aberto aos argumentos”, seja reconhecendo a força de suas razões, seja replicando-as; e, o participante que tem comportamento não racional “se mostra surdo aos argumentos”, ignorando as razões contrárias ou replicando-as com asserções dogmáticas (HABERMAS, 1987, p. 37).

Além de um proferimento ser racional e de possibilitar a passagem por um processo de aprendizagem, ele pode servir como meio para alcançar o acordo ou o entendimento mútuo, que pressupõe que os atos de fala sejam reconhecidos como válidos entre os envolvidos em uma situação de comunicação (HABERMAS, 2004, p. 109). Para que um proferimento seja apto a alcançar o entendimento mútuo, precisa estar dotado de atos de fala transparentes, alicerçados em informações completas e claras o suficiente para que sejam capazes de permitir aos agentes envolvidos formarem suas opiniões e elaborarem manifestações fundamentadas.

3 ÉTICA PÚBLICA, TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO

Quando o Poder Público realiza atos corruptos e também quando investe tempo no combate à corrupção, está reduzindo sua habilidade de alcançar o agir comunicativo defendido por Habermas. Quem sofre mais com a corrupção são as pessoas mais necessitadas, pois as instituições

passam a se ocupar com assuntos que rendem mais vantagens aos grupos e indivíduos que representam, deixando de lado interesses públicos e da coletividade que não tem acesso ao poder (LEAL, 2014, p. 9-10).

Note-se que, por vezes, os atos de corrupção são praticados de acordo com a lei e, portanto, nem sempre se consegue identificá-los como ilegais. No entanto, como são atos que se afastam dos “valores morais ou éticos eleitos pela sociedade”, podem ser considerados atos ilegítimos. O agir comunicativo proposto neste artigo leva a uma democracia procedimental, que se ajusta “à constante necessidade de justificação ética e moral das decisões políticas”. Além disso, como os atos de corrupção afastam-se dos ideais éticos e morais da sociedade, “perseguindo, por exemplo, interesses de grupos hegemônicos”, não conseguem passar “pelo filtro de justificação que a deliberação ocasiona.” (FRIEDRICH; BRANDALISE, 2015, p. 143).

Dessa forma, quando o agir comunicativo exige o consenso por meio do entendimento mútuo sem a imposição de ideais concebidos pela economia ou pela política, reduz-se a possibilidade de o consenso ser atingido por meio de atos de corrupção. Se o dinheiro coloniza o poder e leva os agentes públicos a realizarem suas escolhas buscando seus interesses privados, qualquer deliberação realizada nesse contexto vai gerar decisões judiciais, políticas públicas e atos legislativos que não poderão ser considerados socialmente válidos, apesar de legalmente criados.

A transparência e o acesso à informação permitem que as pessoas tomem suas decisões de forma mais consciente quando votam em seus representantes, quando fiscalizam os gastos públicos (ANECHIARICO; JACOBS, 1998, p. 71), quando formam suas opiniões a respeito de algum tema (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 42) e quando propõem mecanismos

mais “eficazes de controle da atividade burocrática” (GIACOBBO; NOTARI, 2014, p. 178). As pessoas precisam receber “informações confiáveis”, tanto “sobre eventos aguardados no mundo” como “sobre a conduta e as intenções de outros atores” (HABERMAS, 2004, p. 100, 103).

Isso permite que as pessoas deliberem de forma argumentativa, trocando informações e argumentos uns com os outros e analisando-os de forma crítica. A transparência e o acesso à informação, dessa forma, permitem que os participantes, de posse de informações verdadeiras, posicionem-se a respeito dos temas que estão sendo deliberados, e estejam dispostos a argumentar, fundamentar seus argumentos e receber críticas (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 29). E “quanto mais a sociedade participar ativamente, enquanto ação reflexiva na lógica de cooriginariedade entre produtora e destinatária de normas, menor será a incidência de vícios [como a corrupção] na máquina estatal.” (GIACOBBO; NOTARI, 2014, p. 177).

Embora o processo de inclusão das minorias esteja ocorrendo lentamente no Brasil, é possível perceber que “as pessoas estão se dando conta da necessidade de reunirem-se e discutirem problemas comuns, quebrando paradigmas de convivência social especialmente no campo étnico e religioso”. O que demonstra o avanço e a maturidade do brasileiro na discussão de temas políticos, é que nesse “movimento praticado pelos diversos grupos sociais – entre eles os de minoria - se observa uma postura clara de combate à corrupção.” (RECK; PIOVESAN, 2015, p. 124).

Quando se busca introduzir o agir comunicativo na prática democrática da esfera pública, a ideia é que ela gere uma tomada de decisão política que possibilite “a supervisão e o monitoramento públicos das motivações nas decisões políticas”. Com isso, “conquista-se um

nível muito mais avançado de transparência nas decisões e, por isso, de autocontrole da corrupção.” (SIMIONI; MIRANDA, 2005, p. 78). Isso é possível quando se observa a atuação de “grupos específicos como o Movimento de Combate à Corrupção e algumas ONGs, especialmente de incentivo à transparência no trato do Orçamento Público.” (RECK; PIOVESAN, 2015, p. 124).

A exigência de uma Administração Pública ética passa por “questões relacionadas ao respeito aos princípios morais [...] que se exige dos políticos e das autoridades, sem que se perca de vista os resultados práticos que a sociedade espera das autoridades constituídas” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 82).

A origem da corrupção, tão impregnada na cultura brasileira, pode ter sido influenciada por diversos fatores:

A corrupção não pode ser atribuída a um tempo histórico, a um sistema econômico ou mesmo a um regime político. Em qualquer época, em qualquer situação, ela pode se manifestar, e a história é pródiga em exemplos. Mas há países em que a corrupção inexistente; e mesmo naqueles em que ela ocorre vastamente nas instituições e em parcela de sua população, a maioria dos cidadãos e cidadãs não é corrupta. Portanto, devemos ter presente que a corrupção é um fenômeno complexo e, para entendê-lo, temos de considerar um conjunto variado de fatores: poder político e econômico concentrados; profundas desigualdades sociais; pouca ou nenhuma noção de interesse público; o não reconhecimento do direito a ter direitos; noção de direitos desiguais introjetada na cultura; elites distanciadas do restante da população; falta de controle social, entre outros (PINTO, 2011, p. 7-15).

Percebe-se, assim, que a corrupção não é “um problema unicamente de conduta imoral e, portanto tratável apenas pelo direito penal. É também e antes de tudo, um problema sociocultural e político-jurídico.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 82).

O problema aqui é que também não se pode reduzir a corrupção à mera violação da legalidade, mitigando o seu aspecto de imoralidade pública e privada decorrente de vícios éticos recorrentes em vários âmbitos da vida quotidiana, sob pena de autorizar argumentos que defendam tratá-la como qualquer outro ilícito ou delito – inclusive para os efeitos de caracterizar situações corruptivas como de menor potencial ofensivo à sociedade e às suas vítimas (crime de bagatela, por exemplo), decorrendo daí impunibilidades (LEAL, 2012, p. 15).

Por isso, o combate a corrupção “passa amplamente por uma implementação dos Direitos Humanos, sobretudo os sociais e multiculturais”. O problema é que a implementação dos Direitos Humanos é prejudicada pela corrupção, que enfraquece o Estado social, cuja expansão seria necessária para o desenvolvimento dos direitos sociais (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 83). Por isso, é necessário valorizar as medidas que o país vai conquistando, como a Lei da Ficha Limpa e a Lei de Acesso à Informação, que, mesmo não sendo a solução para todos os problemas, representam um avanço na busca da ética pública, da transparência e do acesso à informação.

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº. 135 de 2010) foi uma grande vitória “da sociedade brasileira em busca da transparência do poder e de combate à corrupção eleitoral”. Essa Lei, no entanto,

veio acompanhada de discussões a respeito de sua constitucionalidade, especialmente por ter utilizado como causas de inelegibilidade “fatos pretéritos, mais propriamente condenações colegiadas passadas de candidatos, uma vez que é sobre esse ponto que se fundamentam as cassações e as inelegibilidades por ela previstas”. A esse problema acrescenta-se a insegurança jurídica proveniente da aplicação de sanções antes do trânsito julgado do processo, gerando perda provisória de cargos, suplentes assumindo e titulares retornando após recurso, “causando [...] prejuízos às administrações municipais e custos a toda a sociedade”. Apesar disso, é louvável a quantidade de “cassações de ‘fichas sujas’ que se tornaram possíveis com essa lei.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 83).

Da mesma forma, a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), “está cumprindo um excelente papel no que se refere à transparência pública.” Destaca-se, nesse sentido, seu art. 3º, que aponta como objetivo dessa Lei “assegurar o direito fundamental de acesso à informação”, tendo como diretriz a publicidade dos atos públicos, a “divulgação de informações de interesse público”, a utilização da tecnologia da informação, o “desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública”, além do “desenvolvimento do controle social da administração pública”. Essa Lei possibilitou maior transparência dos “financiamentos de campanha eleitoral que outrora eram completamente desconhecidos do grande público”, permitindo que a sociedade civil conheça “a origem do financiamento dessas campanhas”, e tenha “consciência do que alguns autores estão chamando de mercantilização da política” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 83-84).

Tanto a Lei da Ficha Limpa como a Lei de Acesso à Informação são apenas exemplos práticos de instrumentos que tendem a viabilizar um caminho para o agir comunicativo, pois enfraquecem a atuação de

peças que buscam interesses privados em detrimento da coletividade, revelam as intenções que estão em jogo e aumentam a possibilidade de deliberações fundamentadas. Esses instrumentos, ao viabilizarem o agir comunicativo, poderiam resultar em uma importante forma de combater a corrupção, pois haveria a “revitalização da soberania popular, que eleva o cidadão ao centro do protagonismo político” (COSTA; MAZZARDO, 2014, p. 203).

Além disso, a comunicação proveniente do agir comunicativo permite que a sociedade se articule, fazendo com que as ações sociais passem a ter a “perspectiva dos participantes da interação”, por gerar “um processo cooperativo de aprendizagem mútua, propiciando uma emancipação enquanto grupo social crítico e ciente de suas mazelas”. Essa interação começa em ambientes informais como “a família, passa pela associação de bairro e chega ao ambiente virtual da internet”. Sua concretização, no entanto, exige “um projeto educativo orientado pelo entendimento de que é necessário criar, no indivíduo, o agir comunicativo ancorado nas estruturas simbólicas do mundo da vida.” (RECK; PIOVESAN, 2015, p. 122).

Esse projeto educativo capaz de superar a corrupção “deveria começar muito cedo, em casa, em família, atravessando as convivências privadas mesmo que em público, nas mais variadas situações”. O problema é que “lamentavelmente, não é isso que se observa”, pois a “‘lei de Gerson’, que quer dizer levar vantagem em tudo, parece ainda dominar o cenário” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 82). Daí a necessidade de se criar condições para construir “uma nova cultura política que possibilite um envolvimento muito maior dos cidadãos na organização e na tomada de decisões da sociedade” (SIMIONI; MIRANDA, 2005, p. 79), e essas

condições são dadas quando se tem transparência e acesso à informação dos atos públicos.

A dificuldade na aplicação do agir comunicativo está nos desajustes sociais. Como ensina Axel Honneth (2003), alguns “[...] dos muitos desajustes sociais resultam do fato de que os processos de construção das identidades nas atuais sociedades estão atravessados por conflitos”. Por isso, é necessário reestruturar “a plena construção das identidades”, o que exige “[...] a experiência do amor para que se desenvolva a autoconfiança; a experiência do Direito, para que se desenvolva o autorespeito; e, por fim, a experiência da solidariedade, para que desenvolvamos a autoestima”. Como essas fases estão atravessadas “por dificuldades, quer por razões familiares, econômicas ou egoísticas”, surgem diversos problemas éticos, dentre os quais se enquadram a corrupção. E esses problemas permanecerão se os gestores públicos e a sociedade em geral não repensarem urgentemente suas práticas. (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 84). E é nesse sentido que se confere inteira razão e atualidade ao grande jurista italiano Norberto Bobbio (2011) quando destaca a importância da “serenidade” no âmbito das ações públicas e políticas, o que em outras palavras quer dizer que apenas boas leis não bastam; são necessários também sujeitos éticos, pois, caso contrário a degeneração das instituições e desintegração das sociedades será apenas uma questão de tempo (BOBBIO, 2011, p. 29-46).

Como ensina o Prof. Jaime Rodrigues-Arana Muñoz em sua obra “El Buen Gobierno y La Buena Administración de Instituciones Públicas”:

La importancia de La Ética en relacion con la muy noble actividad política continúa siendo en el presente uno de los aspectos más complejos de afrontar probablemente porque todavía el poder, el dinero y la

fama son três grandes ídolos a los que se adora com intensa devoción. En efecto, La relación entre Ética y Política es un problema intelectual de primer orden, de gran calado (MUÑOZ, 2006, p. 51).

Por isso é necessário que se afaste da deliberação a coação do poder, do dinheiro e da fama, sob pena de manter-se o arbítrio dos gestores públicos sobre os governados. E para que se afaste o arbítrio de alguns participantes sobre outros, os envolvidos devem saber as intenções uns dos outros, o que se poderá verificar ao descobrir o tipo de agir que busca cada um: se baseados no agir comunicativo os agentes “[...] esperam um do outro a renúncia a qualquer intenção enganadora (permitida no agir estratégico)” (HABERMAS, 2004, p. 119). O agir comunicativo instrumentaliza a democracia deliberativa, que “[...] resgata a dimensão moral da sociedade [...] dando espaço ao poder político vinculado ao processo comunicativo de formação da vontade de opiniões públicas, mediante o uso público da razão” (SIMIONI; MIRANDA, 2005, p. 76).

Com isso, busca-se uma radicalização da democracia, permitindo-se que o cidadão tenha “amplo acesso às estruturas estatais” para viabilizar “o crescimento das demandas sociais por políticas públicas, além de possibilitar uma saudável função fiscalizadora”. Da mesma forma, haveria um incremento na realização dos direitos fundamentais e evitar-se-ia o retrocesso nas conquistas sociais garantidas pela Constituição Federal (STEIN, 2009, p. 6).

CONCLUSÃO

Como visto neste texto, a linguagem pode ser utilizada de

três diferentes formas, de acordo com a racionalidade envolvida: (a) no uso epistêmico a linguagem é utilizada, essencialmente, para a representação do saber; (b) no uso teleológico ou estratégico a aplicação principal da linguagem ocorre na apresentação dos êxitos pretendidos com determinada ação; (c) no uso comunicativo a linguagem visa o entendimento mútuo.

Nos usos epistêmico e teleológico o reconhecimento intersubjetivo não é o elemento essencial da racionalidade neles envolvidas. Um saber e uma ação voltada a um fim são racionais mesmo que não sejam comunicados e mesmo que não se refiram a um destinatário. Uma proposição enunciativa (utilizada para externar uma racionalidade epistêmica) serve para representar um estado de coisas ou um fato. Uma proposição intencional (utilizada para externar uma racionalidade teleológica) serve para dar a conhecer as condições de êxito de uma atividade orientada a fins. Tanto uma proposição enunciativa (ou declarativa) como uma proposição intencional são compreendidas quando relacionadas a algo no mundo objetivo. A linguagem, nesses casos, serviria apenas para o ator anunciar seu saber ou suas intenções para que os outros levem a sério esses anúncios. Já o agir comunicativo exige a busca pelo entendimento mútuo, o que leva à necessidade de fundamentação dos atos públicos de forma transparente.

Assim, em resposta ao problema lançado na introdução deste texto (que tipo de agir se espera daqueles que detêm o poder político?), o que se espera de uma esfera pública na qual se desenvolvam assuntos de interesse público, é que ela não seja marcada pelo agir estratégico de alguns representantes políticos que têm como finalidade o atendimento de seus interesses privados (ou de seus partidos), o que tem resultado em situações de corrupção. Para isso vislumbra-se um reposicionamento

ético que leve os agentes públicos a buscarem um agir comunicativo desenvolvido com princípios morais que busquem atender a coletividade.

E é nesse sentido que destacou-se anteriormente e reprisou-se neste final, a necessidade de homens públicos “serenos”, capazes de ouvir o Outro ou os Outros, e que a responsabilidade sobre essas escolhas éticas recai sobre todos. Por isso, não basta existir novas leis. É necessário haver também sujeitos éticos, pois, caso contrário, será apenas questão de tempo ocorrer a degeneração das instituições e a desintegração das sociedades.

REFERÊNCIAS

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. **The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective.** Chicago: University of Chicago Press, 1998.

BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 35-53.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

COSTA, Marli Moraes da; MAZZARDO, Luciane de Freitas. Perscrutando os efeitos da corrupção na realidade pátria: a (des) conexão com os direitos sociais. In: LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli da (Org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 196-213.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005.

EBERHARDT, Maria Laura. ¿El fin de la democracia representativa? Otras modalidades democráticas: participación y deliberación ciudadana. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 18, n. 18, p. 182-227, jul./dez. 2015.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; BRANDALISE, Giulianna de Miranda. A participação no orçamento municipal como forma de controlar a corrupção: análise do caso de Santa Cruz do Sul. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 139-150.

GIACOBBO, Guilherme Estima; NOTARI, Marcio Bonini. As patologias corruptivas como óbice ao desenvolvimento sustentável: os órgãos de controle ambiental e os efeitos nocivos da corrupção. In: LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli da (Org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 168-180.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271 p.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la accion comunicativa**. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. “Habermas, Jürgen” (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 403-408.

LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosófico-políticos do fenômeno da corrupção: considerações preliminares. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. VII, p. 1-23, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. In: LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli da (Org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 9-26.

MARICATO, Ermínia et al. **Cidades rebeldes**. São Paulo: Boi Tempo; Carta Maior, 2013.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. **El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas**. Navarra: Ed. Aranzadi, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Aspectos socioculturais e

político-jurídicos da corrupção no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Patologias corruptivas**: as múltiplas faces da hidra. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 80-85.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Os movimentos sociais e justiça ambiental nas Cidades. In: BRAVO, Alvaro (Ed.). **Justicia y medio ambiente**. Espanha: Punto Rojo, 2013. p. 407-424.

PINTO, Celi Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

RAMINA, Larissa L. O. **A ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2002.

RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1-11, jul./dez. 2009.

RECK, Janriê Rodrigues; PIOVESAN, Fúlvio Machado. A corrupção e suas faces no liberalismo e no comunitarismo. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Patologias corruptivas**: as múltiplas faces da hidra. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 116-126.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; MIRANDA, Daniela. Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Luhmann e Habermas. **Revista Faculdade de Direito**, Caxias do Sul, v. 15, p. 59-81, 2005.

STEIN, Leandro Konzen. A participação social na Administração Pública local: a construção da democracia deliberativa no Município de Porto Alegre. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 5, n. 5, p. 1-20, jan./jun. 2009.

ZILLES, Urbano. A fenomenologia Husserliana como método radical. In: HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade européia e a**

filosofia. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 11-62.

Como citar: SOUZA, Leonardo da Rocha de; OLIVIERA JUNIOR, José Alcebíades de. Democracia deliberativa e corrupção: a busca pelo agir comunicativo no poder público. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p.126-153, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p126. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/10/2016

Aprovado em: 10/04/2017

OS NOVOS SERVIÇOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O CASO DO UBER NA CIDADE DE SÃO PAULO

THE NEW SERVICES IN THE INFORMATION
SOCIETY: THE UBER CASE IN SÃO PAULO
CITY

Marcelo Guerra Martins*
Marcelo Tadeu Nascimento**
Ronny Max Machado**

* Doutor em Direito do Estado pela USP (2010). Mestre em Direito Civil pela USP (2000). Graduado em Direito pela USP (1993). Professor do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo. Estado de São Paulo. Juiz Federal em São Paulo. Email: marcelo.martins@fmu.br.

** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo. Estado de São Paulo. Pós-graduado lato sensu em Processo pela UNAERP (2013). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997). Advogado. Email: m-tadeu-nascimento@uol.com.br.

*** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo. Estado de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especializando em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado. Email: ronnymaxm@yahoo.com.br.

Como citar: MARTINS, Marcelo Guerra; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACHADO, Rony Max. Os Novos Serviços na Sociedade da Informação: o Caso do Uber na Cidade de São Paulo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 154-181, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p154. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem como foco o serviço de transporte por meio da utilização do Uber, tecnologia típica da sociedade da informação, pautada pela utilização da internet e de equipamentos eletrônicos como *tablets* e *smartphones*. São abordados também os aspectos sociais, econômicos e jurídicos dessa novel tecnologia de transporte nas grandes cidades brasileiras, com ênfase na cidade de São Paulo, que regulou o uso do Uber em 2016. As conclusões enfatizam a compatibilidade do

novo serviço com o sistema jurídico brasileiro, bem como as potenciais vantagens em relação ao transporte realizado pelos taxis tradicionais. A metodologia utilizada é o estudo bibliográfico com caráter qualitativo e indutivo.

Palavras-chave: Sociedade da informação. Globalização. Novos services. Uber.

Abstract: This paper focuses on transport services, specifically Uber – a typical tool of our information society, which is a consequence of the widespread use of the Internet that manifests itself in electronic devices such as tablets and smartphones. This study also discusses the social, economic and legal aspects of this novel transportation technology in the context of large Brazilian cities – giving special emphasis to the city of São Paulo, which regulated the use of Uber in 2016. Finally, this paper highlights the compatibility of this new service with the Brazilian legal system, as well as its potential advantages over traditional taxi transportation. Moreover, the preferred method utilized in this research is literature review, which has some qualitative and inductive aspects.

Key words: Information society. Globalization. New services. Uber.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é abordar os aspectos jurídicos, econômicos e sociais dos novos serviços que surgem na sociedade da informação, principalmente o transporte individual oneroso intermediado pelo aplicativo Uber que, verdadeiramente, fez eclodir disputas acirradas com os meios tradicionais desse tipo de transporte (os taxistas), com enfoque no caso da cidade de São Paulo, que recentemente regulou o serviço do Uber por meio do Decreto Municipal nº 56.981, de 10 de maio de 2016.

Outrossim, o aplicativo é inegavelmente fruto da nova realidade mundial forjada pelo aperfeiçoamento da tecnologia aliada ao fenômeno da globalização, considerada “uma dinâmica que assimila de maneira durável a sociedade mundial, as diferentes regiões do mundo, as nações e as culturas locais” (WULF, 2004, p. 233).

Nos últimos anos houve uma generalizada dispersão de dispositivos eletrônicos como *notebooks*, *tablets* e *smartphones* e de inúmeros aplicativos que quase sempre podem ser “baixados” pela internet, gerando, cada vez mais, intenso compartilhamento de informações, ideias e conhecimento, além da possibilidade da prestação de serviços nunca antes imaginados.

Assim, os novos serviços despontam como preocupação acadêmica, jurídica, econômica e social, com destaque para o Uber que, por estar voltado ao transporte urbano de passageiros, ganhou notoriedade e fama nas maiores cidades do planeta.

A utilização do Uber, cuja operação requer a utilização de um aplicativo compatível com praticamente todos os aparelhos telefônicos celulares, permite que o usuário rapidamente contrate seu transporte

a um custo presumivelmente mais acessível do que aquele dos táxis tradicionais.

No Brasil, especificamente em São Paulo, a empresa detentora do aplicativo colocou seus serviços à disposição, o que foi bem, de um modo geral, aceito pelos usuários. Porém, há fortes resistências por parte do Sindicato dos Taxistas que insiste na tese de que por ser o serviço do Uber idêntico aos dos táxis, deveria não ser coibido pelas autoridades competentes por falta da devida regulamentação.

É fato que tal embate levou o Município de São Paulo a regular o transporte por meio do Uber, diferenciando-o do realizado pelos taxistas. Este será, especificamente, o cenário que recairá as reflexões do presente estudo, com as conclusões de que estes serviços fomentam a economia local e tornam mais acessível o transporte público urbano. A metodologia utilizada é o estudo bibliográfico com caráter qualitativo e indutivo.

O presente estudo se justifica na medida em que adensa a produção do conhecimento sobre o tratamento jurídico de novos serviços surgidos dentro do contexto da sociedade da informação, cujos reflexos sociais e econômicos são inegáveis.

Assim, nos itens que seguem, será inicialmente tratada a questão da globalização, das novas tecnologias e dos serviços que surgem na sociedade da informação, partindo-se, em seguida, para as especificações do serviço do aplicativo Uber e sua operação no Brasil, especificamente na cidade de São Paulo. Ao final, as conclusões apontarão para a legalidade da atividade de transporte por meio do Uber, inclusive pelo fato de diferenciar-se da atividade desenvolvida pelos taxistas.

1 A GLOBALIZAÇÃO E OS SERVIÇOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Tomando-se o fenômeno da globalização como uma dinâmica engendrada pela sociedade mundial, segundo Wulf (2004, p. 233-234), antropólogo da Universidade Livre de Berlim, notabiliza-se cinco diferentes elementos de grande importância, a saber:

(i) a globalização dos mercados com o desaparecimento das barreiras comerciais, o aumento da movimentação dos capitais e o ganho de influência econômica neoliberal;

(ii) “a globalização das estratégias das empresas e dos mercados, que são estratégias mundiais de produção, de distribuição e de redução de custos por deslocalização”;

(iii) “a globalização da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico, acompanhada pela elaboração de redes mundiais, de novas tecnologias da informação e de comunicação”;

(iv) a globalização de estruturas políticas transnacionais, perdendo os Estados-nações certa influência, desenvolvendo-se organismos e estruturas internacionais;

(v) “a globalização de modelos de consumo, estilos de vida e estilos culturais, que conhecem uma tendência à uniformização”. Finaliza Wulf (2004), afirmando que:

O efeito combinado desses elementos cria um quadro de referência para a compreensão do *Zeitgeist*, para a autocompreensão do homem de nossos dias e, portanto, para as evoluções culturais do presente. O que é característico, aqui, é o isolamento da economia em relação à esfera política, a globalização das formas de vida e o crescimento da importância das imagens no quadro de uma ‘deturpação icônica’.

Para Moreira (2002, p. 268), o fenômeno globalização expressa

uma maneira de compreender a internacionalização nos relacionamentos entre os povos de todo o mundo. Em suas palavras:

A globalização traduz uma idéia de internacionalização nas relações entre os povos, um inter-relacionamento entre os Estados nacionais de modo que identificamos, ao lado destas micro-realidades, uma só região, um só mundo, ou, como dizem muitos, uma verdadeira —aldeia global. Esta única e internacional realidade se reflete inexoravelmente na economia, na política, nos negócios, no direito, etc.

Além disso, a globalização traduz uma nova etapa do sistema capitalista que, com fundamento nos ideais neoliberais, se atenta para as peculiaridades do mercado externo no acirramento do sistema.

Esta peculiaridade foi trazida na necessidade de abertura de novos mercados de consumo, diminuição de custos trabalhistas e redução no papel do Estado como regulador das relações sociais de trabalho e consumo. Assim sendo, um dentre os inúmeros impactos da globalização é facilitar as relações econômicas e sociais entre os indivíduos.

Baumann (1996, p. 37) descreve as dificuldades conceituais a respeito do processo de globalização, no entanto, a busca por compreensão dos efeitos é cada vez mais constante. Nessa linha, diz o autor que:

Em que pesem as dificuldades conceituais, o conhecimento do processo de globalização, suas características e possíveis efeitos torna-se crescentemente necessário, tanto porque esse processo é expansivo por natureza, quanto porque não existem indícios aparentes da sua eventual reversão.

Com relação ao neoliberalismo, enquanto política de desenvolvimento, é preciso pontuar que ele consiste em um conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende uma menor participação do Estado na economia, em benefício de maior liberdade de comércio, como uma forma de proporcionar o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país.

Na mesma banda, o neoliberalismo defende a mínima intervenção do Estado no mercado de trabalho, a política de privatização de empresas estatais, a livre circulação de capitais internacionais e ênfase na globalização, a abertura da economia para a entrada de empresas multinacionais, a adoção de medidas contra o protecionismo econômico, a diminuição dos tributos excessivos, etc.

Nesse contexto global, Ianni (1996, p. 190) assevera que a sociedade ainda precisa de muitos aperfeiçoamentos. Em sua lição:

Ocorre que a sociedade global não é mera extensão quantitativa e qualitativa da sociedade nacional. Ainda que esta continue a ser básica, evidente e indispensável, manifestando-se inclusive no âmbito internacional, é inegável que a sociedade global se constitui como uma realidade original, desconhecida, carente de interpretações.

Fato é que, segundo Baumann (1996, p. 37-38), a globalização avança ao longo do tempo sem dar sinais de que o fenômeno está prestes a arrefecer, aliás, muito pelo contrário, aliás. Nesse tópico, diz o autor que:

Uma das peculiaridades que distinguem o processo de globalização de toda experiência anterior é que, como consequência de sua forma e intensidade, seus efeitos são mais intensos e se superpõem aos anteriores, além

de que – à diferença, por exemplo, da regionalização, em que aspectos políticos ou de outra índole podem levar ao fracasso de um processo – por sua própria natureza, sua tendência é de constante ampliação, afetando, embora de forma variada, a todos os países.

Com o avanço da globalização surgem os primeiros eventos inauguradores do desenvolvimento da alta tecnologia e, a partir destes eventos, nasce a expressão sociedade da informação. Segundo Paesani (2003, p. 10), é possível fixar que a expressão sociedade da informação surgiu no ano de 1969 em razão do desenvolvimento da chamada *Advanced Research Projects Agency* (ARPANET), nos Estados Unidos da América. Pequenas redes locais (conhecidas como LAN) foram criadas e posicionadas em lugares estratégicos do país, e ligadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (chamadas de WAN).

Desse modo, se algum ponto estratégico fosse destruído, as redes conexas, compostas por redes locais distantes umas das outras, mas ligadas entre si, blindariam a comunicação por meio das redes coligadas. Esse modelo sistemático de redes interligadas foi chamado de internet ou *Inter Networking* (PAESANI, 2003, p. 10).

Ao final do século XX e início do presente, a internet tornou-se uma realidade para boa parte da humanidade e seus efeitos podem ser observados na alteração do cotidiano de grande número de pessoas. O número de usuários da internet vem aumentando significativamente nos últimos anos. Segundo Gomes (2015), “em 2010, os internautas eram 82 milhões, em 2015, passaram a 117 milhões. Já o número de donos de smartphone pulou de 10 milhões para 93 milhões no mesmo período”.

Para se ter uma vaga noção, atualmente, a 27ª Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas empresas,

encabeçada pela FGV - Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, divulgada em 15.04.2016 (NÚMERO..., 2016), fez um levantamento de que o número de *smartphones* em uso no Brasil, para maio do mesmo ano, seria de 168 milhões, com uma projeção de 236 milhões em 2018.

Em estudo acerca do que consiste a ideia de sociedade da informação, Takashi (2000, p. 31) contribui apresentando algumas características desse fenômeno:

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.

A expressão sociedade da informação passou a ser popularizada durante a década de 1980. Neste mesmo período começam as primeiras manifestações visando a implementação desta ideia por meio de práticas que tiveram seus primeiros movimentos no Centro Europeu de Investigação Nuclear, que possibilitou a inclusão digital e integração das

peessoas através da internet.

No Brasil a ideia de sociedade da informação teve como evento propulsor no ano de 1997, quando o Ministério da Ciência Tecnologia elaborou o chamado Livro Verde da Sociedade da Informação, cujas finalidades foram a implantação e facilitação de acesso à interação por meio virtual, entre outras.

Ademais, conforme Takahashi (2000, p. 31), o sentido da expressão sociedade da informação, traz em seu bojo a possibilidade de seu estudo sob várias perspectivas.

Portanto, mesmo tendo um conteúdo sociológico, a expressão “sociedade da informação” tem seus reflexos na seara do direito e, por conseguinte, na vida dos indivíduos. A globalização, a sociedade da informação e o direito se conectam em inúmeros pontos que podem ser analisados, entre estes pode se mencionar o surgimento das tecnologias, as práticas transmissoras de informação e o consumo que embasam a análise do presente tema. Nesse sentido, conforme Santos (2011, p. 12):

Trata-se de um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

Através do desenvolvimento das estruturas tecnológicas, cada

vez mais se aperfeiçoam os meios de comunicação, com destaque para a telefonia móvel, inclusive com uso da internet, com fortes impactos no desenvolvimento tecnológico, conforme é ressaltado por Cooper et al. (2002, p. 288):

[...] quando pensamos no impacto empírico do fenômeno dos celulares/aparelhos móveis na vida cotidiana, nós descobrimos que a sociologia e a filosofia contém termos que parecem apropriados, mas que têm ou tiveram algumas conotações diferentes: por exemplo, mobilidade social, a problematização da distinção entre público/privado, a transformação estrutural da esfera pública, a metafísica da presença, o fonocentrismo, e, claro, a mobilidade imutável. (Tradução livre).

Pois bem, um dos frutos destes avanços tecnológicos e das mudanças culturais é a questão da economia compartilhada que se transformou em modelo econômico, sendo possível organiza-la em três sistemas.

O primeiro relacionado ao uso, ou seja, as pessoas pagam pelo benefício gerado por um produto ou serviço, sem possuí-lo definitivamente, por isso denominado de Sistema de Produtos e Serviços. (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 78-79).

O segundo sistema é o de redes sociais (físicas ou virtuais) que possibilitam a redistribuição de mercadorias e produtos usados, os objetos desnecessários em um lugar são direcionados a outro onde encontram utilidade. Cuida-se do Sistema de Mercados de Redistribuição. (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 124-125).

Por fim, o terceiro sistema corresponde à junção de pessoas

com interesse comum na troca de ativos não tão tangíveis, como, por exemplo, o tempo, o espaço, as habilidades e o próprio dinheiro. Trocas que ocorrem em nível local e mundial na medida em que a internet possibilita a coordenação, redução e transcendência dos limites físicos. Trata-se do Sistema de Estilos de Vida Colaborativos (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 180).

Ainda segundo Botsman e Rogers (2011, p. 180), os princípios e as premissas que cercam a economia colaborativa ou compartilhada podem ser resumidos em quatro pilares, quais sejam: (i) a disponibilização de recursos tangíveis ou intangíveis para o engajamento social; (ii) a capacidade ociosa dos produtos ou dos serviços, subutilizados e com potencial de compartilhamento; (iii) a crença no bem comum para os indivíduos; e (iv) a confiança entre estranhos baseada na reputação dos envolvidos.

Frente a essa contextualização, e com a projeção de que a economia colaborativa e rearranjada está em pleno e evidente crescimento, mormente em face da tecnologia, constata-se uma reconfiguração nos modelos clássicos de negócio, na forma como empresas e cidadãos se relacionam, um olhar mais reflexivo sobre o consumo e as relações sociais e políticas.

É dentro desse cenário extremamente dinâmico que nascem os novos serviços, com destaque para o Uber, aplicativo (plataforma digital) para telefones celulares que busca facilitar o transporte de pessoas em grandes cidades por meio da aproximação de prestadores (os motoristas) e consumidores (os passageiros).

2 O SERVIÇO DE TRANSPORTE UBER

A ideia de um aplicativo como o Uber nasceu em 2008 na França, a partir das dificuldades de Travis Kalanick e Garret Camp tomarem um táxi na cidade de Paris numa tarde de neve (UBER, 2016). Então, que tal poder chamar um carro a partir de um simples “apertar de botão”?

Passados menos de 10 (dez) anos, ou seja, tempo relativamente curto, o sistema encabeçado pelo Uber está, em grande medida, mudando a maneira de se encarar o transporte das grandes cidades. Segundo o respectivo sítio oficial, o aplicativo está presente em São Paulo e em mais 446 (quatrocentas e quarenta e seis) outras cidades.

Desde o início comercial dessa nova plataforma digital, a empresa proprietária do sistema recebeu muitos investimentos, expandindo suas operações de forma rápida, alcançado após cinco anos o status de *startup* mais valiosa do mundo, com um valor estimado em US\$ 51 bilhões, tendo ganhado investidores como a Microsoft (O’ BRIEN, 2015).

O serviço requer, por meio da utilização de uma plataforma digital, que os possíveis os usuários se cadastrem previamente, fornecendo dados pessoais e um número de cartão de crédito válido. Os motoristas também precisam se cadastrar, além de utilizarem apenas carros em bom estado de conservação e limpeza.

Quando alguém aciona o aplicativo, é localizado o motorista mais próximo, ocasião em que são informados vários dados a seu respeito, bem como do automóvel que fará o trajeto, tais como: marca, modelo, cor, ano de fabricação, placa, nome do condutor.

Realizado o transporte, o pagamento se faz por meio do cartão de crédito antes cadastrado, ficando a empresa Uber com uma parcela, analogamente aos corretores quando a compra e venda de algo é pactuada.

Em estudo sobre o consumo colaborativo, especificamente a respeito do Uber, Barros (2015) assinala:

A dinâmica ocorre como tantas outras de consumo colaborativo: um aplicativo com um sistema de fácil manuseio e com informações sempre disponíveis promete facilitar a busca por motoristas mais próximos e oferecer um serviço de transporte seguro e com boa experiência. Semelhante aos aplicativos de mobilidade urbana, a Uber faz uso do GPS, demonstra o trajeto do motorista escolhido e o percurso que será realizado com o passageiro, permite que o usuário compartilhe com amigos o caminho e a previsão de chegada, oferece informações a respeito do passageiro e do motorista para a segurança de ambos, faz cotação do valor a ser cobrado pelo trajeto, permite a divisão da tarifa com outros passageiros, dentre outros serviços mais específicos para empresas.

Como o passageiro não divide os custos do trajeto com o motorista, o sistema Uber diferencia-se dos chamados grupos de carona. Também não se trata de serviço de acesso ao público em geral, como é o caso dos táxis, acessíveis que são a qualquer pessoa independentemente de prévio cadastramento.

Desse modo, é de se concluir que o serviço de transporte intermediado pelo Uber é de índole eminentemente privada, notadamente em vista da necessidade de prévio cadastro tanto de motoristas quanto de usuários. Não se cuida, frise-se, de um serviço de acesso ao público.

É certo que o serviço fornecido pelo aplicativo Uber sofreu modificações com o passar dos anos. Nesse sentido, conforme Silva e Andrade (2015, p. 2289):

[...] Inicialmente a *startup* fazia uso apenas de carros tipo sedan, pelo segmento UberBLACK.

Contudo, atualmente já oferece outros produtos mais acessíveis, como o UberX, que utiliza modelos de carros mais simples e compactos, e o UberPOP ainda mais competitivo que o anterior por meio de carros compactos. O passageiro deve informar o local de partida e o aplicativo procura o motorista disponível mais próximo para fornecer o serviço. Para obter uma estimativa de preço, que pode variar a depender de fatores como trânsito e condições climáticas, o usuário deve informar o seu destino. Atualmente, o Uber está instalado em 60 países e não apenas faz uso de automóveis desde os populares ao luxuosos, mas também atua no ramo de aluguel de outros modos, como helicópteros e navios; além de realizar serviços de entrega de mercadorias.

A popularidade do aplicativo vem originando polêmicas severas com taxistas de todo o mundo que, em suma, protestam contra a ausência de regulação precisa para o serviço, o qual não requer registros, licenças ou pagamento de taxas, constituindo, destarte, verdadeira deslealdade de concorrência (SILVA; ANDRADE, 2015, p. 2289).

Para se ter uma ideia, no caso da cidade de São Francisco nos Estados Unidos, a agência municipal de transporte registrou a queda de 65% (sessenta e cinco por cento) no uso de taxi no período de janeiro de 2012 até agosto de 2014, sendo a principal causa as *Transportation Network Companies (TNCs)* (SILVA; ANDRADE, 2015, p. 2289-2290).

Reclamações também se originaram em Londres pela *Licensed Taxi Drivers Association de Londres*, tendo a prefeitura se pronunciado no sentido de tomar medidas para atender as necessidades dos motoristas de táxi, tendo pelo mundo o aplicativo sofrido banimentos em algumas cidades, como em Barcelona, onde somente se autoriza o UberEATS (para entrega de comida), e na Alemanha e Itália, onde o seguimento UberPOP, o qual utiliza motoristas sem licença comercial já se encontra proibido por violar leis nacionais (SILVA; ANDRADE, 2015, p. 2290).

Em suma, o Uber se mostra como nítido exemplo de manifestação do

consumo colaborativo, algo cada vez mais comum na era da sociedade da informação, conforme visto acima.

Com efeito, nele estão presentes os fatores basilares da sociedade em rede que vivemos atualmente, integrada e conectada por aparelhos eletrônicos de alta tecnologia, convidando o indivíduo a adotar postura mais participativa em face do interesse do grupo, o que, em outras palavras, revela mudança na própria estrutura e no modo tradicional de consumo.

3 OS ASPECTOS DO UBER NO BRASIL: A REGULAÇÃO EM SÃO PAULO

A *startup* teve seu começo no Brasil antes do início da Copa do Mundo de Futebol da FIFA, em maio de 2014, com início em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília. Como em outras partes do mundo, a inserção da plataforma no âmbito nacional também veio acompanhada de grande polêmica, evidenciada principalmente pelo embate entre o sindicato dos taxistas e a empresa.

E, ao que parece, isso ainda está longe de acabar. Narra Trindade (2016) que “representantes da categoria de diversos estados da federação reuniram-se para protestar em Curitiba. Eles foram recebidos por Sérgio Moro, na sede da Justiça Federal, ocasião em que lhe entregaram um dossiê contra o aplicativo”.

Os serviços prestados pelos táxis e pelo Uber, em certos aspectos, são similares, visto estarem ligados ao transporte individual de passageiros. Aliás, de acordo com relatos sobre a origem do aplicativo, sua concepção teve amparo justamente a partir de críticas à baixa qualidade dos táxis, sendo pensado como uma ferramenta alternativa moderna e ágil (MELLO, 2016, p. 779).

Ainda que ambos os serviços sejam voltados ao transporte individual remunerado de passageiro, há diferenças importantes, conforme explica Mello (2016, p. 779):

[...] O serviço de táxi possui diversas formas de

acesso. Podemos tomar um táxi: (I) acenando para o taxista nas vias públicas (sistema de hailing), (II) dirigindo-nos até um ponto fixo de táxis (sistema de taxi rank), (III) telefonando para uma central telefônica que nos encaminha um táxi (sistema de taxi-booking) ou (IV) utilizando aplicativos para telefones celulares muito semelhantes ao aplicativo da UBER. Os serviços de transporte prestados por meio da UBER são diferentes das modalidades de serviço de táxi descritas em I, II e III. Por outro lado, são basicamente idênticos aos serviços prestados na modalidade IV.

Mesmo quando o sistema do taxi é utilizado por aplicativo persistem as diferenças. No caso do taxi, a corrida não precisa ser predefinida e a forma de pagamento poderá ser por cartão cadastrado, dinheiro, cartão de crédito ou débito, ao final do trajeto. Já no Uber, o trajeto sempre é predefinido e a forma de pagamento sempre é a mesma, mediante cartão previamente cadastrado.

Ora, sob o ponto vista econômico, ambos os sistemas operam no mercado do transporte individual de passageiros, existindo uma identidade conceitual genérica, algo como uma intersecção operacional, quando o táxi também opera por aplicativos.

Em outras palavras, ainda que exista um regime de competição entre os serviços, Mello (2016, p. 779) afirma não ser possível fixar o problema da concorrência sem uma investigação mais especializada, nesse sentido:

É possível que o modelo UBER crie uma demanda de serviço que não era produzida ou alimentada pelo serviço de táxi. É perfeitamente plausível conjecturar que pessoas que não fazem uso de táxi podem se

sentir atraídas pela qualidade dos serviços prestados pela UBER. Nesse caso, o ingresso da UBER no setor econômico de transporte individual de passageiros remunerado não afetaria o serviço de táxi. Ainda assim, também parece possível presumir que muitos usuários de táxi podem se sentir atraídos exatamente pela qualidade dos serviços prestados pelo novo modelo e, portanto, podem migrar completamente para o sistema da empresa ou usar alternativamente um ou outro modelo. Aceitas essas premissas, é evidente que os serviços de transporte individual de passageiros prestados por meio do aplicativo UBER competem com o serviço de táxi.

Outros fatores, de ordem econômica, também merecem destaque. Os serviços prestados pelos taxistas sempre gozaram de um regime monopolista por todo o mundo. Trata-se de, em suma, de uma corporação geralmente bastante organizada e, por isso, capaz de exercer pressão relevante sobre os governos locais. Certamente, o desejo pelo monopólio do transporte individual de passageiros explica a resistência dos taxistas à entrada do Uber nesse mercado.

Por outro lado, a nova plataforma de serviços de transporte possui uma natureza disruptiva, significando revolucionária para essa área da economia, já que ordinariamente apresenta uma melhor performance frente aos agentes tradicionais. Como bem explica Mello (2016, p. 781):

Os computadores aposentaram as máquinas de escrever. Os sites de procura na internet eliminaram as enciclopédias. Os serviços de streaming de música e filmes podem acabar com a indústria de CDs e DVDs e afetaram drasticamente o tradicionalíssimo mercado das salas de cinema. Sistemas de intermediação de locação de imóveis

como o Airbnb ameaçam tanto o setor hoteleiro quanto o de corretagem de imóveis. Sempre houve e há resistência a inovações disruptivas, entretanto a assimilação de novas tecnologias dificilmente pode ser contida, justamente porque recebe a adesão voluntária do público consumidor, que tende a valorizar as vantagens oferecidas pela inovação sem se preocupar com os efeitos negativos que a migração causa aos setores tradicionais.

Ante essas premissas, ao compararem ambos os serviços, os consumidores verificam certas vantagens da prestação por meio do Uber, o qual vem tirando proveito da inovação tecnológica. Calha anotar que os usuários dos táxis usualmente reclamam de vários aspectos desse serviço. Aliás, esse conjunto de elogios ao Uber e críticas aos táxis é internacional, não ocorre só nas cidades brasileiras.

No que toca ao aspecto jurídico, é preciso uma reflexão, partindo-se da Constituição Federal de 1988, e, em seguida, partindo-se para as legislações ordinárias que tocam o tema.

A Carta Magna da República adotou como modelo econômico o capitalismo, com ênfase na liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor. É o que se depreende do artigo 1º, inciso IV e artigo 170, incisos IV, V e parágrafo único.

De outro lado, de acordo com a leitura do artigo 173 (que cuida das exceções à livre-iniciativa), combinado com o artigo 174 (□como agente indicativo para o setor privado”), o sistema autoriza o livre exercício da atividade econômica independentemente de autorização, remetendo as exceções à previsão legal, conforme prevista no regime de distribuição de competências legislativas, previstos na Constituição. (BRASIL, 1988).

Seguindo o raciocínio, estabelece o artigo 21, inciso XX, a competência da União para: “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”;

prevendo o artigo 22, incisos I e XI, a competência da legislativa da União para: “direito civil” e “trânsito e transporte”. Por fim, o artigo 30 da CF atribui ao Município a competência para disciplinar assuntos locais. Fixados os textos constitucionais, passemos aos textos legais. (BRASIL, 1988).

Reza o artigo 730 do Código Civil: “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. Já o artigo 731 do mesmo Código estatui que “o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”. (BRASIL, 2002).

Portanto, se o transporte não for exercido mediante autorização, permissão e concessão, não há que se falar na expedição de normas regulamentares expedidas por autoridades locais, ao menos no que se refere à exigência de prévia licença para o exercício da atividade, visto estar em cena um serviço eminentemente privado.

De outra banda, as Leis 12.468/2011 e 12.587/2012, usualmente invocadas pelos taxistas como argumento para impedir o funcionamento do Uber, não possuem qualquer pertinência para este propósito. A primeira, voltada exclusivamente para regulação dos taxistas, além de não revogadora do Código Civil, versa especificamente sobre esta profissão, qualificando-a de transporte público individual (art. 2º).

A segunda, ao estabelecer a Política Nacional de Mobilidade Urbana, cinge-se a definir o que é transporte motorizado privado, qualificando-o como o “meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”.

Ora o transporte realizado por intermédio do Uber encaixa-se como uma luva nessa definição. É o que também ocorre, por exemplo, quando alguém contrata um motorista para levar a noiva ao casamento. Simples transporte motorizado privado. O fato de ser intermediado por uma plataforma eletrônica, no caso o Uber, não tem o

condão de modificar a respectiva natureza jurídica, eis que dada por lei.

Na mesma linha de pensamento, são as observações de Andrigh (2016, p. 415):

Como se vê, o “*transporte público individual*” difere do “*transporte privado individual*”, porque o primeiro é “*aberto ao público*”, isto é, no “*transporte público individual*” há obrigatoriedade de atendimento universal, razão pela qual o taxista não pode recusar o passageiro ou o trajeto por ele solicitado; ao passo que no “*transporte privado individual*” impera a autonomia da vontade do motorista, que tem o direito de aceitar firmar o contrato de transporte com o consumidor, de acordo com a sua conveniência.

Com vistas a regulamentar a referida Lei 12.587/2012, o Município de São Paulo editou o Decreto 56.981, de 10 de maio de 2016, cujo artigo 1º determinou:

Art. 1º Este decreto regulamenta os artigos 12 e 18, I, da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, disciplinando o uso intensivo do viário urbano no Município de São Paulo para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública e regula o serviço de carona solidária e de compartilhamento de veículo sem condutor no Município.

Parágrafo único. Este decreto não se aplica aos serviços previstos na Lei Municipal nº 7.329, de 11 de julho de 1969. (SÃO PAULO, 2016).

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 1º da citada Lei Municipal 7.329/69, estipula que:

O transporte individual de passageiros, no Município, em veículos de aluguel providos de taxímetro, constitui serviço de interesse público, que somente poderá ser executado mediante prévia e expressa autorização da Prefeitura, a qual será consubstanciada pela outorga de Termo de Permissão e Alvará de Estacionamento, nas condições estabelecidas por esta lei e demais atos normativos que sejam expedidos, pelo Executivo. (SÃO PAULO, 1969).

Como se vê, o aludido Decreto deixou claro que o Uber e os táxis, a despeito de atenderem ao transporte individual de passageiros são dotados de natureza jurídica distinta, sendo o primeiro de utilidade pública e o segundo de interesse público.

No entanto, seria possível inclusive questionar a competência municipal para editar esse tipo de regulamentação. Porém, desde que não impediu pura e simplesmente o exercício da atividade do transporte motorizado privado, seja por intermédio do Uber ou outro aplicativo qualquer, seja mesmo sem a intermediação de quem quer que seja, não nos parece tenha havido usurpação da competência federal disciplinar as modalidades de transporte juridicamente aceitas.

Por fim, é de se convir que o assunto é novo e ainda deverá gerar muito pano para a manga . Tanto é que, por exemplo, ainda pende de julgamento final o mandado de segurança movido pelo Uber contra o Diretor de Trânsito de São Paulo, onde consta alegação de que o teor do regulamento carece de especificações, e, quando muito, somente vetou autuações e apreensões de veículos pelo mero exercício da atividade econômica (autos nº 1041907-51.2015.8.26.0053, da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo)¹.

CONCLUSÃO

A humanidade vive a chamada era da sociedade da informação, período marcado pela crescente circulação de ideias, dados, informações e conhecimento, fenômeno impulsionado pelo avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas que

¹ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>.

possibilitou o surgimento de equipamentos eletrônicos como *tablets* e *smartphones* que permitem amplo acesso à internet.

Toda essa efervescência tecnológica vem contribuindo para o surgimento de serviços até então nunca imaginados, como é o caso do aplicativo Uber que, em suma, opera como um intermediário que, por aproximar as partes, facilita a contratação do transporte de pessoas, requerendo, para tanto, que motorista e passageiro estejam previamente cadastrados no sistema.

O Uber está cada vez mais presente nas maiores cidades do mundo, o que tem gerado conflitos, notadamente com os taxistas, cujo mercado, até então cativo dessa classe de profissionais, começa a ser dividido com os motoristas usuários do Uber, cujos passageiros encontram-se bastante satisfeitos com as facilidades do aplicativo.

A Constituição de 1988 prevê, mesmo que com atenuações, o regime capitalista de mercado (arts. 1º, IV; 170, IV, V e parágrafo único), sendo livre o exercício da atividade econômica independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei, segundo as competências distribuídas entre os entes federativos.

Desse modo, cabe à União (art. 21, XX, da CF/88), por meio de lei, instituir diretrizes para os transportes urbanos; sendo também de sua competência, a teor do art. 22, I e XI, legislar sobre “direito civil” e “trânsito e transporte”. Os Municípios, por sua vez, são competentes para disciplinar os assuntos de interesse local (art. 30) (BRASIL, 1988).

Nos termos da legislação em vigor (artigos 730 e 731 do Código Civil e Leis 12.468/2011 e 12.587/2012), enquanto o transporte realizado por taxis é qualificado como público individual, o intermediado pelo Uber possui a natureza de privado individual, o que, juridicamente, os diferencia, inclusive no que tange à necessidade de prévia e expressa

autorização do Poder Público apenas para os primeiros (táxis).

Dessa maneira, as leis locais (municipais) não podem impedir ou mesmo limitar o funcionamento do aplicativo Uber, sob pena de violação não apenas da competência constitucional da União para legislar sobre transporte, como também das leis federais que já tratam da matéria.

No Município de São Paulo, com vistas a regulamentar a Lei 12.587/2012, sobreveio o Decreto Municipal 56.981, de 10 de maio de 2016, que reconheceu o transporte por meio dos táxis como sendo de utilidade pública e reconheceu aquele intermediado pelo Uber como de interesse público (SÃO PAULO, 2016).

Não se vislumbra no indigitado Decreto 56.981 indícios de desrespeito à Constituição ou às leis federais que disciplinam o transporte de pessoas, visto não ter a normatização em epígrafe simplesmente vedado o exercício de atividade econômica sob a intermediação do Uber ou outro aplicativo qualquer, ou mesmo ter imposto sanções pelo exercício dessa atividade.

É certo, contudo, que há polêmicas que ainda persistem, destacando-se que pende de julgamento final perante o Tribunal de Justiça de São Paulo mandado de segurança onde se afirma que o Decreto 56.981 carece de especificações, e, quando muito, somente vetou autuações e apreensões de automóveis pela simples utilização do Uber.

REFERÊNCIAS

ANDRIGH, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409-416, jan./abr. 2016.

BARROS, Ana Cirne Paes de. Uber: o consumo colaborativo e as lógicas do mercado. In: CONGRESSO INTERNACIONAL - COMUNICAÇÃO E CONSUMO, 5., 2015, São Paulo. Disponível em: <http://anais-comunicon2015.espm.br/GTs/GT5/24_GT5_BARROS.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: _____ . **O Brasil e a economia global**. Rio de Janeiro: SOBEET, 1996.

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. **O Que é meu é seu**: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.468**, de 26 de agosto de 2011. Regulamenta a profissão de taxista; altera a Lei no 6.094, de 30 de agosto de 1974; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm>. Acesso: 1 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.587**, de 3 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.865**, de 9 de outubro de 2013. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 1 jul. 2016.

COOPER, G. et al. Mobile Society? Technology, distance, and presence. In: WOOLGAR, S. **Virtual Society**. Oxford: Oxford Press, 2002.

GOMES, Helton Simões. **Conexão internet smartphone dobra no Brasil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/conexao-internet-smartphone-dobra-no-brasil-em-2015-diz-google.html>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

MELLO, Cláudio Ari. O futuro da mobilidade urbana e o caso UBER. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 775-812, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Globalização e crime. In: LEÃO, Aldroaldo; PANPLONA

FILHO, Rodolfo. **Globalização e direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

NÚMERO de smartphones em uso no Brasil chega a 168 milhões, diz estudo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1761310-numero-de-smartphones-em-uso-no-brasil-chega-a-168-milhoes-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

O'BRIEM, Sara Ashley. **Uber is the most valuable startup in the world**. 2015. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2015/07/31/>

technology/uber-50-billion-valuation/index.html?iid=hp-toplead-dom>. Acesso em: 7 jul. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2011.

SÃO PAULO. **Lei do Município nº 7.329**, de 11 de junho de 1969. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/transportes/institucional/index.php?p=6997>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SÃO PAULO. **Decreto do Município nº 56.981**, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SILVA, Laize Andréa de Souza; ANDRADE, Maurício Oliveira de. Barreiras regulamentares para implantações de sistemas de “carona remunerada” no Brasil. In: CONGRESSO

NACIONAL DE PESQUISA EM TRANSPORTE DA ANPET, 29., 2015, Ouro Preto. Disponível em: <<http://www.anpet.org.br/xxixanpet/anais/documents/AC572.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

TAKAHASHI, Takeo. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <<https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

TRINDADE, André Karam. **Taxistas vão a Moro contra a Uber** (e o direito fica cada vez menor). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09-classe-taxistas-moro-uber-direito-fica-cada-vez-menor>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

UBER. A encontrar o caminho: a criar possibilidades para os passageiros, os motoristas e as cidades: nosso histórico de viagem. 2016. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt/our-story/>>. Acesso em: 22 set. 2016.

WULF, Christoph. Globalização universalizante ou diferenciada?. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (Org.). **Globalização para quem?** uma discussão sobre os rumos da globalização São Paulo: Futura, 2004.

Como citar: MARTINS, Marcelo Guerra; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACHADO, Rony Max. Os Novos Serviços na Sociedade da Informação: o Caso do Uber na Cidade de São Paulo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 154-181, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p154. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 09/11/2016

Aprovado em: 06/03/2017

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA DE RAIO NO DIREITO BRASILEIRO

CONSIDERATIONS ON THE RADIUS CLAUSE IN BRAZILIAN LAW

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves*

Como citar: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p182. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo analisa a cláusula de raio no direito brasileiro, apresentando seu conceito e discorrendo sobre a ausência de previsão de tratamento da matéria no ordenamento pátrio, sem se olvidar do disposto no artigo 54 da Lei nº 8.245/91, que afirma a prevalência da autonomia da vontade nos contratos de locação em *shopping center*. Em seguida, o trabalho expõe a forma como a matéria é tratada na doutrina, na jurisprudência e na visão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Por fim, é realizado um estudo do caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x Shopping Iguatemi Porto Alegre e da cláusula de raio inserida unilateralmente pelo locador, com base nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça com as conclusões dos

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Associado III da UFRJ e Professor Associado do programa de pós-graduação stricto sensu da UERJ. Líder do grupo de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas no DGP/CNPq. Membro do Conselho Editorial da Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE), da Revista de Direito Empresarial (RDEmp) e da Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP). Email: asaa@uol.com.br

autores sobre a decisão.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Livre concorrência. *Shopping center*. Cláusula de raio.

Abstract: This study analyzes the ‘radius clause’ in Brazilian law, presents its concept, and discusses the absence of its regulation in our domestic law. However, it is important to highlight article 54 of the Law n. 8,245/91 because it affirms the prevalence of party autonomy in lease agreements of shopping malls. Sequentially, this paper discusses the treatment of this subject in legal texts, important court decisions, and exhibits the vision of the Brazilian Administrative Council of Economic Defense (CADE). Finally, this research analyzes a contract dispute that has the following opposing parties: the Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre (the Brazilian city of Porto Alegre’s tenant union) vs. Shopping Iguatemi Porto Alegre (Iguatemi Porto Alegre shopping mall). This case questioned whether the latter’s unilateral insertion of the radius clause was just, with decisions of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice (STJ), and with the authors’ conclusions of the decision.

Key words: Free initiative. Free competition. Shopping malls. Radius clause.

INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo analisar a aceitação ou rejeição da cláusula de raio, atualmente prevista nos contratos de *shopping center*, pela doutrina, pelos tribunais brasileiros e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Tal cláusula impõe ao locatário a vedação de explorar a mesma atividade econômica a uma determinada distância do local onde está situado o imóvel ou espaço locado.

Na medida em que a cláusula de raio impede a escolha e fixação do ponto empresarial, limitando o exercício da empresa, o estudo é relevante em razão da possibilidade de ela acarretar prejuízos à livre concorrência e limitações à livre iniciativa e configurar abuso de poder econômico do locador.

Para a realização da pesquisa adotou-se o método dedutivo, partindo da compreensão da regra geral da licitude da cláusula de raio nos contratos de locação em *shopping center* para então compreender em quais situações a premissa inicial é afastada, configurando-se a ilicitude por abuso do direito. A pesquisa é do tipo bibliográfica e documental, com suporte em livros, artigos, de periódicos, documentos em suporte eletrônico e análise de decisões judiciais e administrativas.

O trabalho está estruturado em sete partes. Na primeira será conceituada a cláusula de raio e traçados seus efeitos para o empresário e para a livre concorrência. Em seguida será abordada a ausência de previsão da matéria na legislação brasileira, dando margem ao exercício da autonomia da vontade das partes, diante da previsão expressa no artigo 54 da Lei nº 8.245/91 de que, nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos

contratos de locação respectivos. Na terceira parte serão elencados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à cláusula de raio. Na quarta parte examina-se a relação entre a cláusula de raio e a de aluguel percentual, inseridas em contrato de locação de espaço em *shopping center*, por adesão, para efeito de abusividade da estipulação, por estabelecer prestações iníquas entre as partes. Por fim, nas partes cinco a sete serão tecidos comentários críticos sobre o caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x Shopping Iguatemi Porto Alegre, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, em última instância, pelo Superior Tribunal de Justiça, cotejando-se a decisão do STJ com o posicionamento do CADE.

1 CLÁUSULA DE RAIOS: CONCEITO E SEU EFEITO PARA O EMPRESÁRIO E PARA A LIVRE CONCORRÊNCIA

A cláusula de raio surgiu na década de 30 do século XX nos Estados Unidos, no período da depressão econômica decorrente da “quebra” da Bolsa de Nova Iorque (1929), tendo por fulcro impedir que o locatário fixasse outro ponto comercial a uma certa distância do imóvel locado.

Em conjunto com a cláusula de raio havia a previsão da cláusula de aluguel percentual como forma de compensar o locador, em razão de ter sido estipulado um aluguel fixo menor em benefício do locatário, de modo a propiciar sua consolidação no mercado. Nesse contexto, a cláusula de raio servia, portanto, como meio de evitar o desvio de clientela para o estabelecimento próximo, de modo a garantir a persecução do aluguel percentual (CRISTOFARO, 2006, p. 49-50).

Atualmente, as cláusulas de raio são previstas em contratos de locação em *shopping centers*, cujo valor do aluguel fixo é elevado. Entretanto, é comum que a inserção de tais cláusulas esteja associada à cláusula de aluguel percentual. Como o aluguel percentual está vinculado ao faturamento mensal do locatário, que é variável, o desvio de clientela para um estabelecimento próximo repercute negativamente no faturamento e, por conseguinte, pode acarretar prejuízos ao locador.

Nota-se que a cláusula de raio busca, se bem implementada e negociada, um equilíbrio da relação contratual, seja porque permite ao locador um retorno a médio prazo do investimento na construção ou aquisição do imóvel, seja porque dá ao locatário uma alternativa ao aluguel fixo, muitas vezes elevado e excessivamente oneroso a depender do volume mensal de vendas ou faturamento.

Portanto, a cláusula de raio, tanto nos dias atuais como na origem, impede o desvio de clientela como forma de evitar a burla do aluguel percentual. Contudo, ela não tem o escopo de compensar o locador pela estipulação de um aluguel fixo menor, como tivera outrora. Hodiernamente, a finalidade é impedir o desvio de clientela do empreendimento *shopping center*, de forma a permitir que este se beneficie da externalidade de tráfego produzida pelos lojistas. Considerando-se tal finalidade, a cláusula de raio deve ser estendida a todos os sócios e parceiros do lojista, como forma de garantir sua efetividade. Como o objetivo da cláusula de raio é impedir o desvio de clientela do *shopping center*, ela deve ser classificada como cláusula de não-concorrência, pois o escopo é evitar a concorrência entre os *shopping centers*.

Para não ser abusiva, no âmbito do direito civil-empresarial, a previsão da cláusula de raio pressupõe um contrato negociado ou paritário; além disso, ela deve ser limitada no tempo. Já no direito

concorrencial a cláusula de raio para ser considerada abusiva deve, além de ser por tempo limitado, se restringir a outros *shopping centers* do mesmo padrão. Outrossim, deve impedir somente o fornecimento de produtos e serviços da mesma marca e dentro do mesmo segmento.

O efeito imediato desta cláusula para o lojista é a limitação da livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição Federal), porque impede o livre estabelecimento de unidades econômicas de produção ou prestação de serviços no âmbito geográfico. Além disso, caso não se observe os parâmetros mencionados, a cláusula de raio criará barreiras à entrada de concorrentes no mercado, fato que, por si só, pode levar ao abuso do poder econômico pelo empreendedor, com a elevação do aluguel fixo ou percentual, aumento do perímetro da cláusula de raio ou, ainda, a não estipulação de prazo para sua vigência.

2 AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DA MATÉRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Na legislação brasileira não há um diploma específico que estabeleça as regras a serem observadas no contrato de locação em *shopping center*. A única previsão legal está contida no artigo 54 da Lei nº 8.245/91. O referido dispositivo legal, ao se referir ao contrato de locação em *shopping centers*, o faz de forma lacônica: “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos respectivos contratos de locação e as disposições procedimentais previstas nesta lei.” (BRASIL, 1991). Sem embargo, verifica-se certo dirigismo contratual nos parágrafos 1º e

2º do referido artigo que proíbem ao empreendedor a cobrança de certas despesas do locatário e a transparência da cobrança através de orçamento; porém nada sobre a cláusula de raio.

Ora, o dispositivo conferiu ampla liberdade às partes contratantes; contudo, a liberdade contratual é restringida pelo ordenamento jurídico com base na função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, e pela vedação ao abuso do direito, prevista no artigo 187 do Código Civil. Desse modo, em que pese haver previsão legal de livre estipulação das cláusulas do contrato de locação, elas não poderão infringir preceitos de ordem pública.

O fato de o contrato de locação em *shopping center* ser celebrado entre empresários, e não ser a relação jurídica de consumo, não retira dele a possibilidade de conter cláusulas abusivas, mormente em razão de não ser dado ao locatário, no momento da celebração do contrato a possibilidade de alterar cláusulas substanciais. Desse modo, a despeito da liberdade contratual assegurada pela Lei nº 8.245/91, na hipótese de o contrato de locação em *shopping center* consistir em um contrato de adesão, é possível que ele contenha cláusulas que, apesar de não serem ilícitas, se tornem abusivas¹. Nessas situações, caberá ao prejudicado, por provocação ao Poder Judiciário² pleitear sua intervenção na relação contratual e restabelecimento, se possível, do equilíbrio do contrato, em consagração ao princípio do equilíbrio contratual entre as partes, que surgiu em razão da inadequação do modelo contratual estabelecido pelo liberalismo, marcado pela supremacia da autonomia da vontade (HENTZ, 2007).

1 Em cumprimento ao disposto no art. 423 do Código Civil, a cláusula de raio, quando se revelar contraditória com outras cláusulas do contrato de locação em *shopping center* de adesão (v.g. aluguel percentual) deve ser interpretada de modo mais favorável ao aderente, isto é, ao empresário locatário.

2 Cf. Art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À CLÁUSULA DE RAIOS

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto a licitude ou ilicitude da cláusula de raio, bem como sobre o fato de, em sendo lícita, ser abusiva.

Pedro Paulo Salles Cristofaro (2006, p. 49) preconiza que a cláusula de raio seria lícita, pois teria o escopo de proteger o *tenant mix* criado pelo empreendedor e, dessa forma, evitaria o desvio de clientela. O *tenant mix* é o planejamento feito pelo empreendedor, ainda durante a etapa de construção ou mesmo antes, dos tipos e tamanhos de lojas e sua localização no imóvel, com o fito de maximizar os lucros para si e os lojistas. Nesse planejamento os espaços no *shopping* envolvem a instalação de lojas âncora e outras adjacentes de modo que o *mix* atenda às necessidades dos consumidores e da localidade. De acordo com Cristofaro (2006, p. 57-58):

Ao integrar ambos os *tenant mix*, a loja torna-se neutra como fator determinante da escolha, pelo consumidor, do shopping ao qual frequentará. O consumidor, que quer adquirir um produto específico naquela loja, continuará escolhendo entre dois shoppings, mas por outros motivos, que não a presença daquela loja em si.

Ladislau Karpát (2000, p. 149) coaduna do mesmo entendimento de Pedro Paulo Cristofaro. De acordo com ele, a cláusula de raio seria uma forma de proteção prévia do estabelecimento *shopping center* e seria estipulada em benefício de todos os lojistas.

Muitas vezes, num futuro até não muito distante, um novo Shopping Center se estabelece nas proximidades, quando não literalmente do outro lado da rua. Prevendo o empreendedor-locador esta possibilidade, é quase que obrigado, na medida do possível e do permitido, defender os interesses do grupo de comerciantes que integram o Shopping; pois estão em jogo não apenas seus negócios, mas de todos que compõem o seu Centro. Observados, então, todos os preceitos legais, a cláusula assim mencionada é válida, não havendo mesmo como negar seu conteúdo (KARPAT, 2000, p. 149).

No mesmo sentido, também com base no aspecto civil-empresarial, Fábio Konder Comparato (1995, p. 27) defende a licitude da cláusula de raio, pois ela seria inerente ao contrato de locação em *shopping center*, devendo ser observada ainda que não tenha sido estipulada.

Em que pese o entendimento dos autores citados, Waldir de Arruda Miranda Carneiro (2000, p. 422), ao analisar a licitude da cláusula de raio, conclui que ela extrapola os limites da relação locatícia e, em regra, será considerada ilícita, por ser prevista tão somente em virtude do poder econômico do empreendedor.

Diante das regras jurídicas que protegem a livre iniciativa (possibilidade de agir em qualquer sentido sem influência externa, nem do Estado nem de terceiros) e a livre concorrência (liberdade de competição no mercado), difícil é atribuir legalidade a uma convenção que as limita. Mormente nos casos, como o em exame, onde se sabe que tal ajuste só consta dos referidos contratos em razão do

elevado poder econômico do empreendedor (cujo abuso, as referidas normas tentam evitar). Não se deslembre, por outro lado, que a liberdade de iniciativa e concorrência são princípios que visam a prosperidade e o aprimoramento econômico da nação, sendo sua proteção não apenas legal como, também, moralmente justa.

Gladston Mamede (2000, p. 111), corroborando a posição de Waldir de Arruda Miranda Carneiro, defende que a cláusula de raio seria inconstitucional, por violar a livre iniciativa dos lojistas e do empreendedor, garantida a todos os empreendedores pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts.1º, IV, e 170, parágrafo único). De acordo com o autor:

[...] tais cláusulas são inconstitucionais, já que cerceiam o direito de agir economicamente com liberdade e, simultaneamente, pretendem constituir mecanismo que impeça a concorrência. Mas essa, viu-se, deve ser livre para o bem da República e da economia, não sendo legítimo ao empreendedor colocar os seus interesses privados acima dos interesses públicos, que beneficiam à totalidade da nação (MAMEDE, 2000, p. 111).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por sua vez, se mostra favorável à cláusula de raio, desde que ela seja utilizada para assegurar a consolidação do empreendimento (CADE, 2001). Além disso, o CADE traça parâmetros que devem ser observados para que a cláusula de raio seja considerada lícita.

No aspecto espacial, o CADE considera que até 2 (dois) quilômetros de distância a cláusula de raio é lícita; entre 2 (dois)

quilômetros e 5 (cinco) quilômetros devem ser analisados, dentre outros aspectos: “[...] (i) densidade populacional da área; (ii) indício de delimitação do raio com o objetivo de prejudicar eventuais concorrentes já instalados ou com previsão de instalação; (iii) investimentos do *shopping* na área para torná-la comercialmente atrativa; e (iv) poder de mercado do agente dentro do raio definido”(CADE, 2007); acima de 5 (cinco) quilômetros a cláusula seria ilícita.

No que tange à duração da cláusula, segundo posição do CADE, deve-se observar:

[...] um período razoável para que o shopping recupere seu investimento e estabeleça sua clientela, sem que haja maiores riscos a possíveis shoppings concorrentes e aos lojistas, que, após esse período, poderão instalar-se dentro do raio estabelecido. Assim, entende-se que *cláusulas de raio de até cinco anos devem ser aceitas*. [...] Nos casos em que o período de duração da cláusula for superior a cinco anos, os seguintes parâmetros devem ser levados em consideração: (i) investimento *greenfield* ou de ampliação de espaço; (ii) tempo de retorno do investimento realizado; (iii) indício de delimitação do tempo da cláusula com objetivo de prejudicar concorrentes já instalados ou com previsão de instalação; e (iv) investimentos do shopping na área para torná-la comercialmente atrativa (CADE, 2007, p. 19).

Por fim, no aspecto material, na concepção do CADE (2007, p. 19), a cláusula “[...] deve limitar-se apenas aos controladores da locatária e à marca estabelecida no empreendimento.”

Ao contrário do âmbito administrativo-concorrencial, na

seara judiciária a questão da licitude da cláusula de raio ainda não está pacificada. Em 1996, o Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo no julgamento do caso *Shopping Center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda* se valeu da liberdade contratual para considerar a cláusula de raio lícita (apud CARNEIRO, 1999, p. 122-125)

De certo, trata-se de uma decisão ainda amparada no Código Civil de 1916, arraigado pelo liberalismo e autonomia da vontade, sem limitação ao princípio da função social do contrato; no entanto, decisões posteriores à vigência do Código Civil de 2002 seguiram o mesmo entendimento. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso *Shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda*, tendo o desembargador-relator do acórdão Edgard Rosa assim se manifestado:

[...] a cláusula de raio instituída pelo Shopping Center Iguatemi busca, por meio de um mecanismo jurídico absolutamente válido, proteger a clientela do centro comercial, pois foi estipulada de forma convencional, contando com o prévio conhecimento e aceitação dos lojistas nele instalados (SÃO PAULO, 2011, p. 12).

A liberdade contratual também foi o principal argumento para se considerar a cláusula de raio lícita no caso *Via Veneto Roupas Ltda x Shopping Iguatemi São Paulo* (SÃO PAULO, 2005) No julgamento, o desembargador-relator do recurso na Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Ricardo Pessoa de Mello Belli, concluiu:

Não se trata de impedimento à livre iniciativa, mesmo porque o locatário tem a opção de romper a relação contratual e, assim, se instalar onde melhor lhe aprouver. Cuida-se, isto sim, de mera e relativa restrição à faculdade de ampliação da empresa,

ajustada no âmbito da larga liberdade contratual que a lei expressamente confere nas locações celebradas entre shopping center e lojistas (Lei 8.245/91, art. 54) (SÃO PAULO, 2005, p. 11).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua vez, ao julgar o caso *North Shopping x Lojas Americanas S/A* se ateu a aspectos concorrenciais. Desse modo, considerou abusiva a cláusula de raio de 5 (cinco) quilômetros prevista no contrato de locação do *North Shopping* (CEARÁ, 2006).

No voto da desembargadora Gisela Nunes da Costa ela declarou que:

Com efeito, a impossibilidade de a apelante, com filial no Shopping Center apelado, abrir novos estabelecimentos comerciais em um raio de 05 (cinco) quilômetros afigura-se nesta sede irrazoável, porquanto prejudica a livre concorrência, na medida em que visa tão somente a dominação do mercado pelo North Shopping [...] Ademais, estreme de dúvidas que a referida cláusula objetiva não só o aumento do faturamento geral do Shopping Center apelado, mas também o monopólio, ou seja, a exclusividade de algumas lojas em seu espaço, prática esta que vai de encontro ao disposto no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, I e II da Lei nº 12.529/2011], porquanto limita, abruptamente, o acesso do cliente aos serviços oferecidos pelos centros comerciais concorrentes (CEARÁ, 2006, p. 15).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao analisar a cláusula de raio no caso *Associação de Lojistas do Estado de São Paulo x Shopping Iguatemi São Paulo*, também o fez considerando aspectos do direito

concorrencial, assim como o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sendo que a análise foi mais técnica. Desse modo, com a observação do mercado relevante, abrangência do raio e tempo de vigência, concluiu-se pela ilicitude da cláusula de raio (BRASIL, 2014, p. 16-17).

4 ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS

Segundo Souza (2015), a análise da abusividade da cláusula de raio está atrelada, necessariamente, à verificação de o contrato de locação em *shopping center* ser de adesão ou negociado (paritário). Caso se trate de um contrato de adesão, como há previsão do aluguel percentual, a cláusula de raio, apesar de não poder ser considerada abusiva em si, ao ser conjugada com a cláusula de aluguel percentual deve ser considerada abusiva, por estabelecer prestações iníquas entre as partes.

As obrigações são iníquas porque o lojista remunera o empreendedor pelo serviço prestado com o aluguel percentual. Uma das obrigações do empreendedor é atrair a clientela, e conseguir atrair ou não a clientela consiste em um dos riscos inerentes a atividade econômica do empreendedor de *shopping center*. À medida que o empreendedor proíbe o lojista de se estabelecer nas áreas adjacentes ao *shopping center*, ele quer simplesmente eliminar os riscos de sua atividade comercial e diminuir os seus esforços na manutenção da atração da clientela, pelo qual o lojista o remunera com o aluguel percentual. Em síntese, o lojista compra um serviço do empreendedor, por contrato de adesão, por esse serviço ele remunera o empreendedor com o aluguel percentual. Até aqui, o contrato está equilibrado. No entanto, o empreendedor, para diminuir seus

esforços na manutenção do *tenant mix* atrativo, bem como os riscos de sua atividade, impõe a cláusula de raio ao lojista, que limita o exercício da sua atividade econômica, sem oferecer uma contrapartida para essa limitação, porque a contrapartida que o empreendedor diz que oferece já é remunerada com o aluguel percentual. Por isso, a cláusula de raio culmina no desequilíbrio econômico contratual. Ademais, o fato de o lojista integrar o *tenant mix* do empreendimento, que lhe trará maior rentabilidade, em geral, se comparado ao comércio de rua, é justamente o serviço inerente que o lojista contrata do empreendedor. Logo, o benefício auferido pelo lojista é compensado com o pagamento do aluguel percentual (SOUZA, 2015, p. 38-39).

Caso se trate de um contrato negociado, a cláusula de raio, no aspecto civil-empresarial, a princípio, não pode ser considerada abusiva, ainda que conjugada com o aluguel percentual, em razão da presunção de se ter atingido o equilíbrio contratual justamente com a previsão de ambas as cláusulas. No entanto, ainda que se trate de um contrato negociado, caso a cláusula de raio não seja limitada no tempo, ela deverá ser considerada abusiva, em razão:

[...] da alteração que ocorre no entorno do *shopping center* com o passar dos anos. Desse modo, o estudo de viabilidade econômica realizado na época de inauguração do *shopping center* e que determinou o ingresso de um lojista específico não apresentaria o mesmo resultado se realizado anos após a inauguração. Dessa maneira, a finalidade da cláusula de raio, que no aspecto civil-empresarial é a não concorrência entre o lojista e o *shopping center* para que o empreendedor se beneficie das externalidades

produzidas por cada lojista de forma a lucrar com o aluguel percentual, com o tempo deixa de ser razoável, porque a demanda de produtos da área de influência do *shopping center* se altera ao longo do tempo (SOUZA, 2015, p. 177-178).

Como o objetivo da cláusula é a não-concorrência do lojista com o *shopping center*, entende-se que o prazo de 5 (cinco) anos seja razoável, o mesmo prazo previsto para a cláusula de não restabelecimento em casos de trespasse do estabelecimento (artigo 1.147, do Código Civil), na ausência de estipulação contrária.

No âmbito do direito da concorrência admite-se a cláusula de raio para que haja a viabilidade do empreendimento. Contudo, ela para ser considerada lícita deve observar certos parâmetros:

1 no aspecto material, no âmbito do mercado relevante, ela deve se restringir a *shopping centers* do mesmo padrão.

2 a restrição deve abranger a mesma marca, dentro do mesmo segmento e se estender a todos os sócios ou parceiros do lojista. Busca-se com a extensão da restrição evitar burla à cláusula de raio e alcançar a sua finalidade, ou seja, garantir um *tenant mix* diferenciado que seja mais atrativo do que o do efetivo ou potencial concorrente. A inclusão dos sócios majoritários evita burla à cláusula de raio porque eles poderiam constituir uma nova sociedade empresária que, por comercializar os mesmos produtos, e, ainda, com o mesmo *know how*, atrairia os mesmos clientes da sociedade anterior. Caso a cláusula não fosse estendida aos sócios minoritários ou parceiros do lojista, poderia haver transferência de *know how* para eles. Dessa forma, a finalidade da cláusula de raio não seria alcançada, pois eles, da mesma forma que os sócios majoritários, comercializariam os mesmos produtos, tal como na sociedade localizada

dentro do *shopping center* que a cláusula de raio visa proteger. Assim, a sociedade anterior deixaria de produzir externalidades para o *shopping center*, ao deixar de ser mais um fator de atração da clientela.

3 quanto à fixação do tempo de duração da cláusula de raio, como se trata de uma cláusula de não-concorrência, que visa assegurar a fixação da clientela do empreendimento, entende-se que o prazo de até cinco anos é razoável, sendo o mesmo tempo previsto no artigo 1.147 do Código Civil para a cláusula de não restabelecimento.

4 no aspecto espacial, relacionado ao mercado relevante no aspecto geográfico, entende-se razoável o tempo de deslocamento de 15 minutos entre os dois empreendimentos.

Observados os parâmetros fixados supra, a cláusula de raio será considerada lícita “[...] se for prevista para assegurar a viabilidade econômica do [...] empreendimento, fato que ensejará a concorrência entre os *shopping centers* (benefícios para os consumidores) e a diminuição do poder de mercado dos empreendedores (benefícios para os lojistas) (SOUZA, 2015, p. 176). No entanto, deve-se considerar que só poderá haver violação à ordem econômica com a estipulação da cláusula de raio se o agente detiver poder econômico.

Para que a cláusula de raio seja considerada lícita, tanto no aspecto civil-empresarial quanto no aspecto concorrencial, ela deve ser assim redigida:

AS DECLARANTES reservam-se o direito de resilir ou rescindir o contrato de locação, se a locatária ou seus sócios e parceiros, no prazo de xxx (máximo 5 anos), sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que comercialize a mesma marca e no mesmo segmento da comercializada

em qualquer de suas lojas no *shopping center* contratante, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique localizado em outro *shopping center* do mesmo padrão e a uma distância de até 15 minutos de deslocamento de qualquer ponto de acesso do *shopping center* contratante à qualquer ponto de acesso do outro *shopping center*, independente do meio de transporte utilizado (SOUZA, 2015, p. 179).

5 DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO CASO SINDICATO DOS LOJISTAS DE PORTO ALEGRE X SHOPPING IGUATEMI PORTO ALEGRE

Os desembargadores da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul consideraram abusiva a cláusula de raio prevista nos contratos de locação celebrados entre os lojistas e o *Shopping Center* Iguatemi Porto Alegre. No voto proferido em sede de apelação o desembargador Ergio Roque Menine sintetizou as razões do julgamento nos seguintes termos:

[...] várias são as razões fáticas e jurídicas para considerar a “cláusula de raio” do Iguatemi abusiva e ilegal, sendo relevante destacar as seguintes: 1) alteração unilateral do raio para 3 km, violando o princípio da boa-fé objetiva; 2) violação da livre concorrência com os outros shoppings; 3) violação da livre iniciativa com a criação de obstáculo aos pequenos e médios empreendedores interessados em locar espaço nos outros shoppings; 4) prejuízos aos consumidores, que serão induzidos e estimulados a frequentarem o Iguatemi (pois vários estabelecimentos comerciais consagrados e de renome somente estarão em funcionamento lá); 5)

cláusula de Raio estabelecida “ad eternum”, violando regra/princípio/postulado da proporcionalidade e razoabilidade (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Dentre os argumentos elencados pelo desembargador, o último (prazo indeterminado), por si só, é suficiente para embasar a fundamentação de que a cláusula de raio, no caso concreto, é abusiva, ainda que reste provado tratar-se de um contrato negociado. Explica-se:

No âmbito da relação contratual (contrato negociado), no aspecto temporal, a cláusula de raio ilimitada no tempo não se justifica em razão da alteração que ocorre no entorno do *shopping center* com o passar dos anos. Desse modo, o estudo de viabilidade econômica realizado na época de inauguração do *shopping center* e que determinou o ingresso de um lojista específico não apresentaria o mesmo resultado se realizado anos após a inauguração. Dessa maneira, a finalidade da cláusula de raio, que no aspecto civil-empresarial é a não concorrência entre o lojista e o *shopping center* para que o empreendedor se beneficie das externalidades produzidas por cada lojista de forma a lucrar com o aluguel percentual, com o tempo deixa de ser razoável, porque a demanda de produtos da área de influência do *shopping center* se altera ao longo do tempo. Como tanto no aspecto civil-empresarial, quanto no aspecto concorrencial o objetivo é a não concorrência, entende-se razoável o prazo de até cinco anos, o mesmo previsto para a cláusula de não restabelecimento (SOUZA, 2015, p. 177-178).

A alteração unilateral da abrangência do raio pelo locador *Shopping Center Iguatemi Porto Alegre* indica tratar-se de um contrato

de adesão. Sem embargo, o fato de ser ou não o contrato de adesão não prejudica a conclusão acerca da abusividade da cláusula de raio no caso concreto.

O segundo argumento (violação da livre concorrência) foi muito bem explorado pelo desembargador-relator. Nota-se que a cláusula de raio, ao impedir que os lojistas ingressem no empreendimento dentro do raio de sua abrangência, impede ou dificulta que outro *shopping center* se torne um efetivo concorrente. Tal conclusão parte da constatação que o *tenant mix* do empreendimento novo, em razão da limitação imposta pela cláusula de raio, não será tão atrativo quanto o empreendimento antigo, mormente quando os dois empreendedores visam atrair o mesmo público-alvo.

Quanto à violação da livre iniciativa dos lojistas deve-se considerar que não se trata de um princípio absoluto. Logo, pode ser restringido pelo Estado para evitar violação à livre concorrência e por iniciativa do particular. Portanto, apesar de a cláusula de raio restringir a livre iniciativa dos lojistas, não se pode afirmar que ela restará violada pela mera previsão da cláusula de raio. No caso concreto, houve violação em razão de a cláusula de raio ter sido prevista por prazo indeterminado.

Em relação ao quarto argumento, que analisa o prejuízo aos consumidores, melhor seria se tivessem sido invocados os benefícios trazidos pela existência de dois *shopping centers*, de fato, concorrentes entre si. Tal situação levaria à melhoria dos serviços prestados pelos empreendedores aos consumidores (estacionamento, praça de alimentação, limpeza, locais de convivência, espaço para leitura, entre outros).

Apesar de não ter sido feito o cotejo entre a cláusula de raio e a cláusula de aluguel percentual, o desembargador-relator concluiu

acertadamente pela abusividade da cláusula de raio imposta aos lojistas pelo Shopping Iguatemi Porto Alegre.

6 DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO SINDICATO DOS LOJISTAS DE PORTO ALEGRE X SHOPPING IGUATEMI PORTO ALEGRE

O Shopping Iguatemi Porto Alegre interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça para reformar a decisão de segunda instância que lhe foi desfavorável.

A Quarta Turma do STJ, ao julgar o caso adotou posicionamento diametralmente oposto. Contudo, o ministro-relator Marco Buzzi ressaltou no voto que a análise deve ser feita perante o caso concreto e que, neste caso, não existiria nos autos “[...] lastro para a manutenção da alegada abusividade da cláusula.” (BRASIL, 2016).

O voto do ministro-relator perpassa pelos seguintes argumentos:

- a) o shopping center é um empreendimento híbrido e peculiar; b) a cláusula de raio não prejudica os consumidores, ao contrário, os beneficia, ainda que indiretamente; c) é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor à espécie, pois ainda que o sindicato/autor atue como substituto legal, os eventuais lesados seriam lojistas que entabulam contratos de locação de espaço em shopping center, sendo que os ditames consumeristas não alcançam essas relações comerciais; d) a análise acerca da abusividade de cláusula somente é possível quando realizada em concreto e não de forma genérica/em tese; e) a modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento quanto à

cláusula de raio de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros, uma vez respeitados os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não apresenta qualquer ilegalidade/abusividade; e, f) a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito, tanto que prevista como excludente de infração da ordem econômica (§ 1º do artigo 36 da Lei 12.529/11) (BRASIL, 2016, p. 21-22).

De fato, o *shopping center* é um empreendimento híbrido e peculiar; seus clientes são tanto os lojistas quanto os consumidores. Ademais, nele o empreendedor se esforça para atrair a clientela: quanto mais pessoas frequentarem o *shopping center* maior será o faturamento do lojista e, conseqüentemente, maior será o aluguel percentual auferido pelo empreendedor. Portanto, o contrato de locação dos espaços é marcado pela cooperação entre o empreendedor e os lojistas na atração da clientela, o que o diferencia do contrato de locação comercial típico.

A cláusula de raio ao proporcionar a viabilidade do empreendimento beneficia os consumidores, tendo em vista que a concorrência entre os *shopping centers*, como já afirmado, levará à melhoria dos serviços. Ademais, facilita que lojistas diversos ingressem no *shopping center* concorrente, considerando que a livre iniciativa dos lojistas do primeiro *shopping center* estará restringida pela cláusula de raio.

Também assiste razão ao ministro-relator ao afirmar que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos de locação celebrados entre os lojistas e os empreendedores. No entanto, o principal motivo de não ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor é o

fato de o lojista não ser o destinatário final do serviço prestado pelo empreendedor. Destarte, se o lojista adquire um serviço que é utilizado para o incremento de sua atividade econômica, não se pode falar na existência de relação de consumo.

Quanto à afirmação da abusividade da cláusula poder ser aferida somente em concreto, deve-se considerar que, no caso julgado, o fato de a cláusula ter sido prevista por tempo indeterminado permite que ela seja considerada abusiva abstratamente.

A modificação unilateral da cláusula indica que os contratos de locação celebrados entre os lojistas e o *shopping center* são de adesão, ainda que tenham sido respeitados os contratos em curso.

Para Judith Martins-Costa (2012, p. 115) é justamente a unilateralidade na elaboração das normas gerais complementares, as quais o lojista adere, que caracteriza o contrato de locação em *shopping center* como um contrato de adesão. No entanto, para se concluir acerca de se tratar de um contrato de adesão ou negociado é necessário analisar se o lojista é capaz de alterar as cláusulas operacionais (substanciais) do *shopping center*.

Conforme Virgínia de Medeiros Claudino Milani (2005, p. 71), são cláusulas operacionais (substanciais) aquelas:

[...] imprescindíveis para se entender na sua globalidade e complexidade o sentido da operação. Assim acontece com as cláusulas que determinam: o horário de funcionamento comum das lojas; a qualidade dos produtos e serviços ofertados; a proibição ao direito de preferência na aquisição do imóvel, evitando os percalços inerentes ao direito de propriedade; a não exclusividade no ramo de atuação, dando ao consumidor a possibilidade de escolha;

a proibição de cessão, empréstimo ou sublocação de parte da área locada a terceiros, conservando o equilíbrio do tenant mix; a unidade estética do empreendimento, com a supervisão de vitrines e de decoração de interiores, para que se forme uma imagem única do shopping. [...] Já as cláusulas de cunho econômico [...] não dizem diretamente com o modus operandi de um shopping e, por conseguinte, tendemos a não considerá-las como substanciais.

Portanto, nesse ponto, o ministro-relator deveria ter realizado uma análise mais profunda do contrato de locação, mormente em razão do fato de se tratar de um contrato de adesão, o que altera toda a análise jurídica do caso concreto.

Quanto ao último ponto, assiste razão ao ministro ao afirmar que a conquista natural de mercado em razão da eficiência do agente econômico não configura infração à ordem econômica. No entanto,

O shopping center que detém poder de mercado, em razão do interesse do lojista em se fixar no empreendimento, pode impor condições que não seriam favoráveis aos lojistas, como pode ocorrer com a previsão da cláusula de raio. O faturamento do *shopping center* demonstra se ele possui poder de mercado. Assim, se este for superior em relação aos demais *shopping centers* concorrentes dentro do mercado relevante considerado, estará caracterizado o poder de mercado desse agente econômico (SOUZA, 2015, p. 55).

Como o Shopping Iguatemi Porto Alegre detém poder de mercado, ainda que a conquista do mercado tenha ocorrido de forma natural, ele detém poder econômico e seu exercício abusivo configura

infração à ordem econômica. Nesse sentido, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1995, p. 24-25):

Poder de mercado é poder dentro do mercado. Para gozar de poder de mercado, o agente tem de ser dotado de algum poder econômico, que lhe confere a capacidade de influir nas condições fáticas da concorrência, o que pode gerar conflitos jurídicos. Esta capacidade também confere a possibilidade de não se submeter às regras da ordem econômica. A noção de poder econômico, portanto, assinala, de um lado, um fenômeno da realidade, objeto de limitações jurídicas, mas também uma situação jurídica de tolerância, base para a configuração de um direito de concorrer. Em si, o poder econômico não é ainda um direito subjetivo, mas uma situação admitida ou *permitida negativamente*, isto é, permitida na medida em que não é proibida (mas não permitida positivamente, isto é, autorizada por normas permissivas expressas). Na medida em que é permitido negativamente (situação jurídica de tolerância), o poder econômico goza de uma certa legitimidade a *contrario sensu*, isto é, não pode ser limitado pelo Poder Público, salvo se abusivo. Ou seja, quando desta tolerância indiretamente legitimadora se abusa, constitui-se a infração contra a Ordem Econômica concorrencial, por um desvio no exercício do direito de concorrer do qual o poder econômico é base jurídica e de fato.

Portanto, à medida que o Shopping Iguatemi Porto Alegre ignorou o interesse dos lojistas em potencial (considerando que a alteração só produziu efeitos prospectivos) diante de seu poder de mercado, resta caracterizado o abuso do poder econômico por limitar a livre iniciativa. Ademais, a cláusula de raio repercute na livre concorrência e dificulta a

consolidação no mercado de um efetivo concorrente.

Data venia, conclui-se que a decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, analisou o caso de forma perfunctória e desconsiderou o fato de a cláusula ter sido estabelecida “ad aeternum”.

7 A DECISÃO DO STJ VIS-À-VIS O POSICIONAMENTO DO CADE.

O CADE, ao decidir sobre a validade da cláusula de raio, realiza a análise do mercado relevante nos aspectos material e geográfico do agente, para concluir sobre a existência ou não de poder econômico. Essa análise é imprescindível para a conclusão acerca de violação à ordem econômica, matéria afeta ao direito da concorrência. Se o CADE constatar o abuso de poder econômico, será investigado em inquérito administrativo se a conduta teve ou tem a capacidade de gerar impactos à ordem econômica (art. 48, I, Lei nº 12.529/2011). Posteriormente, o órgão examinará a cláusula de raio nos aspectos espacial, temporal e material.

A análise da cláusula pelo CADE é eminentemente de cunho técnico. O órgão administrativo tem por escopo verificar a ocorrência de infração à ordem econômica ou a mera potencialidade de ocorrência. Dessa maneira, não se cogita de abusividade na relação *inter partes*. Para perquirir se a cláusula de raio infringe a ordem econômica ou tem a possibilidade de fazê-lo, o CADE identifica as externalidades positivas e negativas geradas com a cláusula de raio e aplica a regra da razão para concluir sobre quais parâmetros ela poderá ser considerada lícita.

No caso Shopping Iguatemi Porto Alegre, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer o poder de mercado do *shopping* Iguatemi Porto Alegre, com amparo em laudos periciais, se absteve de analisar se o agente econômico praticou abuso do poder econômico (presume-se o poder econômico em razão da existência de poder de mercado) com a conduta de impor a cláusula de raio por tempo ilimitado e ampliado o raio em 1 (um) quilômetro.

Constata-se pelo voto do ministro-relator que ele optou por não adentrar nos aspectos do direito da concorrência, fato que prejudicou a análise acerca da abusividade da cláusula de raio. Afirmou o ministro do STJ Marco Buzzi:

Afigura-se salutar mencionar que dentre os instrumentos/ mecanismos protetivos da livre concorrência e da defesa do consumidor (entendido esse, no caso, o cidadão que usufrui dos serviços do shopping) temos que o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem a atribuição específica de cuidar dos entraves que imponham riscos ou limitem de qualquer modo a concorrência e a livre iniciativa, sendo esse órgão o mais adequado para afirmar, categoricamente, se determinada conduta gera ou tem condão de ensejar a violação de garantias e princípios da ordem econômica (BRASIL, 2016, p. 28-29).

O CADE já decidiu que o prazo da cláusula de raio deve ser limitado. De acordo com a Superintendência Geral, “[...] uma vez que a cláusula visa proteger o investimento realizado pelo shopping, deve estar limitada ao tempo necessário para recuperá-lo, não podendo ser aceitas cláusulas *ad eternum*” (CODE, 2007, p. 18).

No caso concreto, a cláusula de raio analisada pelo Superior Tribunal de Justiça é *ad aeternum*; por conseguinte, ainda que o ministro não quisesse adentrar em questões técnicas afetas ao direito da concorrência, poderia, com base na análise contratual e amparado no entendimento do CADE, ter concluído pela abusividade da cláusula.

CONCLUSÃO

A cláusula de raio é lícita no direito brasileiro, mas ela pode ser considerada abusiva se estabelecida em caráter unilateral e por tempo indeterminado vinculada à cobrança de aluguel percentual pelo locador num contrato de adesão.

A análise da cláusula de raio deve ser sempre realizada em concreto. No entanto, alguns parâmetros objetivos devem ser estabelecidos para sua validade no âmbito do direito da concorrência, tais como: no aspecto material ela deve se restringir a *shopping centers* do mesmo padrão; a restrição deve abranger a mesma marca, dentro do mesmo segmento e se estender a todos os sócios ou parceiros do lojista; seu tempo de duração deve ser de até cinco anos, em analogia com o artigo 1.147 do Código Civil para a cláusula de não restabelecimento; no aspecto espacial, relacionado ao mercado relevante no aspecto geográfico, é razoável o tempo de deslocamento de 15 minutos entre os dois empreendimentos. Tais parâmetros permitiriam a estipulação da cláusula de raio sem que houvesse abuso do direito por parte do locador.

O fato de o contrato de locação em *shopping center* consistir em um contrato de adesão ou em um contrato negociado deve ser analisado, mas muitas decisões judiciais não se manifestam de maneira expressa

sobre a diferente forma de interpretação da cláusula de raio nas duas hipóteses de contratação.

Além disso, a razão da previsão da cláusula de raio na origem, que já não é a mesma, não é analisada com a devida atenção. Tal expediente deveria ser feito, para então, com base na finalidade atual da cláusula de raio, o julgador pudesse perquirir sobre sua abusividade em concreto.

A análise perfunctória realizada pelos tribunais em certos julgados abre espaço para que os empreendedores, cientes do poder de mercado que possuem, abusem da liberdade contratual de forma a se locupletarem às custas dos lojistas. Ademais, pactuam, ainda que indiretamente, contra a livre iniciativa e a livre concorrência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Lei no 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245compilado.htm>.

Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.535.727. 4.Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em: 10 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Processo nº 2008.34.00.010553-0. Nulidade do acórdão proferido pelo CADE no PA 08012006636199743. 15 Vara Federal. Julgado em: 30 set. 2013. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200834000105530&secao=JFDF&pg=1&trf1_captcha_id=52af642d7f0639b6ec3d1000a74b381a&trf1_captcha=86mt&enviar=Pesquisar> Acesso em: 12 jul. 2016.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48. Parecer da Superintendência Geral. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775151676.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000224411579.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato**: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Dicionário jurisprudencial dos “shopping centers”**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Ano 34, n. 97, p. 23-28, jan./mar. 1995.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 49-73, set./dez. 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 21, p. 23-30, out./dez. 1995.

HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais à luz do código civil de 2002**: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAMEDE, Gladston. **Contrato de locação em shopping center**: abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 32, n. 116, p. 110-118, jul. 2012.

MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. **Contrato de shopping center**. 2005. 210f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIO GRANDE DO SUL. Tribuna de Justiça. Apelação nº 70053953147. 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ergio Roque Menine. Julgado em: 28 ago. 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70053953147&ano=2014&codigo=1347869>. Acesso em: 9 jun. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão nº 816681-0/4. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em: 18 out. 2005. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3021142&cdForo=0>> Acesso em: 18 mar. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9219951-28.2009.8.26.0000. Trigésima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

SOUZA, Leonam Machado. **Efeitos da cláusula de raio nos shopping centers**. Rio de Janeiro: Gamma, 2015.

Como citar: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n2p182. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 16/06/2016

Aprovado em: 09/03/2017

DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM VIRTUDE DA COLETA DE DADOS SENSÍVEIS

LABOUR RELATIONS' DISCRIMINATION DUE
TO THE COLLECTION OF SENSITIVE DATA

Andréa Dourado Costa*
Ana Virginia Moreira Gomes**

Como citar: COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 214-236, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p214. ISSN: 2178-8189.

* Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Universitária.

** Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University. LL.M na Faculdade de Direito da University of Toronto. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo: Este estudo visa examinar os limites no exercício do poder diretivo do empregador diante da potencial violação dos direitos de personalidade dos empregados pela prática de atos discriminatórios a partir da coleta de dados sensíveis. A pesquisa analisa o conceito de privacidade, bem como identifica as consequências decorrentes da evolução tecnológica, que possibilitaram o aperfeiçoamento de instrumentos de coletas de dados e do tratamento de informações, em especial no que concerne às suas consequências nas relações de trabalho. A seguir, o estudo examina o direito de privacidade do trabalhador a partir da concepção de autodeterminação informativa, considerando a Convenção nº 111

da OIT, normas nacionais e decisões judiciais. A pesquisa conclui que o direito do trabalho ainda não assegura a tutela eficaz aos dados sensíveis do trabalhador nas relações empregatícias. O desenvolvimento da pesquisa se dá por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Trata-se, por conseguinte, de uma pesquisa qualitativa e exploratória.

Palavras-chave: Privacidade. Relação de emprego. Discriminação. Dados sensíveis. Autodeterminação informativa.

Abstract: This study examines limits in the use of an employer's power in relation to the potential violation of an employee's personal rights as the former can practice discriminatory acts from the collection of sensitive data. Furthermore, this research analyzes the concept of privacy, as well as identifies the consequences of modern technological evolution, which has enabled the development of instruments for data collection and information processing, specifically studying their consequences in labor relations. This study then examines the worker's right to privacy based on the concept of self-determination, taking into account ILO Convention 111, national standards, and judicial decisions. In the end, this research concludes that this labor law still does not ensure an effective protection of sensitive data concerning the employee in employment relations. This research used the bibliographic and documental method; this is, therefore, a qualitative and

exploratory study.

Keywords: Privacy. Employment relationship. Discrimination. Sensitive data. Informational self-determination.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade foi inicialmente definido como o “direito a estar só”, sob uma lógica puramente proprietária, de proteção a invasões externas na vida privada do indivíduo, limitado à sua intimidade, esfera mais ampla da privacidade. A partir da introdução de novas tecnologias, o conceito de privacidade foi sendo transformado para se adequar à necessidade da sociedade do século XXI, em que as pessoas são representadas pelas suas informações, pois, em diversas situações da vida, inclusive no trabalho, são essas informações que as definem.

A finalidade de ser deixado só foi sendo substituída pela necessidade de autodeterminação informativa, ou seja, do indivíduo assumir um papel ativo no fornecimento dos seus próprios dados, por meio do controle sobre a exatidão das suas informações, sobre quem as opera e sobre a finalidade para a qual foram coletadas, visto que parte dessas informações é de cunho pessoal, ou seja, dizem respeito unicamente ao titular das informações.

O avanço da tecnologia e a crescente possibilidade de acesso a informações impõem a necessidade de controle sobre dados pessoais a fim de se garantir os direitos de personalidade diante do aumento desenfreado das informações coletadas por instituições públicas e privadas. É nesse contexto que se coloca a necessidade de ampliação do conceito tradicional de privacidade, para incluir a necessidade de uma proteção mais ampla e eficaz da circulação das informações pessoais.

A evolução tecnológica de busca de informações e tratamento de dados alcançou as relações entre particulares, em especial, as relações trabalhistas. Os empregadores passaram a se utilizar de instrumentos informatizados para obter dados sobre os candidatos a vagas de emprego,

bem como sobre seus empregados. Destarte, esses dados incluem os chamados dados sensíveis, que dizem respeito, por exemplo, à orientação sexual do trabalhador, questões de opinião política, religiosa e sindical, e que não podem ser coletados e muito menos divulgados sem o consentimento do trabalhador.

O empregador que se utiliza desses dados, discriminando o trabalhador a partir do acesso a informações pessoais, dentro e fora do ambiente de trabalho, pode acreditar estar apoiado no legítimo exercício do poder diretivo; porém o poder diretivo do empregador não é absoluto e deve respeitar os direitos constitucionais de personalidade e dignidade da pessoa humana do trabalhador. A discriminação contra o empregado pode ocorrer entre chefe e subordinado, bem como entre colegas de trabalho e entre trabalhador e cliente, prejudicando sobremaneira o desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

Este estudo visa examinar os limites que devem ser observados pelo empregador no exercício do poder diretivo diante da potencial violação dos direitos de personalidade dos empregados e da prática de atos discriminatórios pelo empregador a partir da coleta de dados sensíveis. Faz-se necessário, portanto, discorrer sobre o direito constitucional de privacidade inserido no contexto da relação empregatícia e o tratamento dado às informações fornecidas pelos candidatos a emprego e empregados de uma empresa. Por fim, importa ao presente texto, averiguar o tratamento dado pela jurisprudência ao assunto, diante de atos de discriminação praticados pelos empregadores no ambiente de trabalho.

O desenvolvimento do estudo se dá por meio de pesquisa bibliográfica, referências doutrinárias já publicadas por intermédio de escritos e eletrônicos, tais como livros, artigos científicos e páginas de *web sites*. Trata-se, por conseguinte, de uma pesquisa qualitativa e

exploratória.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE: DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

O conceito de privacidade surgiu com a desagregação da sociedade feudal, pois, até então, poucos tinham o privilégio de se isolar. A partir da desagregação, a possibilidade de se isolar se estendeu a quem tinha meios materiais para tanto. Vários fatores foram fundamentais para satisfazer essa necessidade de intimidade - das novas técnicas de construção das habitações à separação entre o local onde se vive e o local de trabalho. Ou seja, uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la através das transformações socioeconômicas da Revolução Industrial (RODOTÁ, 2008, p. 26). Nesse sistema jurídico burguês, os direitos da personalidade foram reconhecidos por via da garantia que se dava à propriedade.

Vê-se, portanto, que a privacidade não nasceu de uma exigência natural de cada um, mas de um privilégio de determinados grupos que, por meio do poder patrimonial, exerciam seu direito de personalidade.

Em 1890, Warren e Brandeis (1890, p. 195) definiram o direito à privacidade como “o direito de estar só”. Como os autores explicam, “todos os homens têm o direito de evitar a curiosidade popular acerca de alguns aspectos da sua vida, seja na vida pública ou não, enquanto outros são apenas privados porque as pessoas em causa não assumiram uma posição que torna legítimas as questões de investigação pública” (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 216). A tutela da privacidade se restringia à intimidade do indivíduo, sendo essa a esfera mais ampla da

privacidade, de alcance apenas àquelas pessoas mais próximas ao titular, mas também alcançava a esfera do segredo, que caberia apenas ao seu titular ter acesso.

Esse conceito tradicional evoluiu. O indivíduo, ao longo do tempo, foi percebendo que quanto mais informações ele adquiria, mais vantagens ele tinha sobre os demais, no seu modo de viver, no trabalho, na comunicação entre as pessoas. E, com isso, constatou que o armazenamento e uso adequado dessas informações lhe conferiria maior poder sobre os outros.

A partir das novas tecnologias, dos recursos a computadores, os instrumentos de coletas de dados e de informações foram se aperfeiçoando, fazendo surgir novas dimensões que ocasionaram um apelo maior à privacidade, mas não no seu sentido tradicional, isto é, de defesa da esfera privada contra as invasões exteriores, sob uma lógica proprietária, e sim da possibilidade de indivíduos e grupos controlarem suas próprias informações de forma integrada. Essas informações estão ligadas à necessidade incessante de dados pelas instituições públicas e privadas, retratando uma verdadeira progressão das formas de controle social. Acentua-se que, nas definições tradicionais, a privacidade representava um mero instrumento para alcançar a finalidade de ser deixado só e foi sendo substituído pela necessidade de autodeterminação informativa.

O direito à autodeterminação informativa importa na assunção de um papel ativo no fornecimento de dados, em que se possibilita o exercício de um real controle pelo indivíduo sobre a exatidão de suas informações, sobre quem as opera e sobre a finalidade para a qual foram coletados, uma vez que a maior parte dessas informações é de cunho pessoal, que diz respeito à própria pessoa ou à sua família, cuja divulgação

pode ocasionar consequências prejudiciais à personalidade do indivíduo. Em 1983, a Corte Constitucional alemã, em uma decisão acerca da constitucionalidade de disposições da lei do censo, se fundamentou nos direitos constitucionais à dignidade humana e nos direitos de personalidade para delinear o direito à autodeterminação informativa como “a autoridade do indivíduo para decidir por si mesmo, com base na ideia de autodeterminação, quando e dentro de quais limites, informação acerca de sua vida privada pode ser comunicada a outros.” (ROUVROY; POULLET, 2009, p. 45).

É nesse contexto que se coloca a necessidade de ampliação do conceito tradicional de privacidade, para incluir a necessidade de uma proteção mais ampla e eficaz da circulação dessas informações pessoais. Trata-se de conceder a cada indivíduo um poder real de controle sobre seus dados (KONDER, 2013, p. 374), visto que, na sociedade atual, a pessoa é representada por suas próprias informações, ou seja, as informações coletadas representam o próprio indivíduo, pois são essas que o definem. O conhecimento dos meios que possibilitam o controle sobre a circulação dessas informações e de quem as utiliza significa a possibilidade de cada indivíduo adquirir um poder sobre si mesmo.

Entre o final do século XIX e o início do século XX, a sociedade passou a ter consciência dos riscos decorrentes do progresso alcançado pela tecnologia, bem como da impossibilidade de detê-lo, visto que a capacidade de controlar os dados fornecidos ainda caminha em passos lentos, em desequilíbrio com a rapidez do progresso científico, e isso é resultado do número cada vez maior de informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços.

A preocupação que surge é quanto ao destino dado a essas informações pelos gestores dos sistemas interativos, uma vez que esses

serviços possibilitam uma série de usos secundários, como por exemplo, a criação de perfis, análise de preferências, propensões individuais e coletivas, que originam novas informações de interesse de terceiros, a quem aquelas podem ser cedidas para colocar à disposição das pessoas aquilo que lhes deseja ou lhes serve, representando uma atividade de risco, que se concretiza, por exemplo, mediante a utilização indevida das informações, ou simplesmente pela sua utilização por terceiros sem o conhecimento e consentimento do titular dos dados.

O aumento desenfreado das informações coletadas pelas instituições públicas e privadas objetivam intervenções sociais por parte dos poderes públicos, bem como o desenvolvimento de estratégias empresariais pelas empresas privadas a fim de alcançar seus interesses e aumentar sua lucratividade. O que significa que a sociedade está sendo cada vez mais vigiada, assediada e, conseqüentemente, se tornando mais transparente e ausente de controle sobre os seus próprios dados.

O direito à proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade e tem a ver com a proteção da própria personalidade. O que quer dizer que determinadas categorias de dados, especialmente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins comerciais; ao contrário, devem ser mantidas sob sigilo, sem qualquer ameaça de utilização de modo a transformar o indivíduo em objeto sob vigilância constante (RODOTÁ, 2008, p. 19).

Por outro lado, o direito de acesso efetivo aos dados fornecidos permite uma maior transparência da atuação dos organismos públicos e privados na coleta. Ou seja, o exercício desse acesso funciona tanto como um instrumento de transparência dessa atividade, visando à proteção da privacidade, quanto de limitação da circulação de determinadas informações.

Restringir a coleta e a difusão das informações pessoais, no exercício do direito de defesa da privacidade, inclina-se especialmente sobre informações que são consideradas particularmente sensíveis, como as relacionadas à esfera da saúde, das opiniões, das questões sindicais e políticas e de orientação sexual, visto que a partir delas podem partir práticas discriminatórias, inclusive em ambientes de trabalho.

No âmbito do trabalho, a regulação de coletar informações dessa natureza decorre da necessidade de impedir condutas discriminatórias entre indivíduos, relacionadas ao comportamento do trabalhador dentro e fora do local de trabalho. No item seguinte serão discutidos os limites ao poder do empregador diante da necessidade de respeito aos direitos de personalidade do trabalhador.

2 LIMITES AO PODER EMPREGATÍCIO EM DECORRÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR

No âmbito do direito do trabalho, o progresso tecnológico e o acesso mais rápido a informações também tiveram um relevante papel, pois possibilitaram o uso de instrumentos informáticos pelo trabalhador, facilitadores da execução das atividades laborais, tornando o trabalho mais ágil por meio de tarefas que antes só podiam ser realizadas manualmente e com grande dispêndio de tempo. Com a tecnologia, o acesso a certas informações e o seu processamento possibilitaram maior produtividade e lucratividade para as empresas. Em contrapartida, essas ferramentas tecnológicas permitiram ao empregador um maior controle e vigilância sobre os empregados, desde o momento prévio à admissão no emprego à supervisão constante durante a vigência do contrato de trabalho.

Dessa nova realidade, diferentes conflitos surgiram. De acordo

com Palm (2009, p 203), a privacidade do trabalhador deve ser respeitada, no ambiente de trabalho, no que concerne a três relações essenciais: com o empregador, com os colegas de trabalho e com os clientes. Diferente de relações casuais, no ambiente de trabalho as relações costumam se prolongar no tempo o que dá ainda maior relevância à privacidade no que concerne a certas informações. As informações constantemente buscadas pelo empregador, se utilizadas inadequadamente, são capazes de causar prejuízos, principalmente quando adentram em dados sensíveis do empregado, relacionados à sua orientação sexual, seu estado de saúde, sua opinião política, seu modo de vestir-se fora do local de trabalho e os seus momentos íntimos de lazer, sem que nenhuma dessas questões sequer influencie na atividade executada pelo empregado dentro da empresa. Ou seja, alcançam-se informações que dizem respeito unicamente à personalidade do trabalhador, violando a sua privacidade, sob o manto do exercício do poder empregatício. Dessa forma, surge um confronto entre o direito de privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Questiona-se, portanto, se esse poder deve ou não sofrer limitações diante do conhecimento de toda e qualquer espécie de informação adquirida sobre o empregado.

Por ser espécie dos direitos da personalidade, que são direitos constitucionalmente garantidos e que pretendem resguardar a dignidade da pessoa em qualquer relação jurídica, inclusive a relação de emprego, o direito à privacidade é oponível ao empregador e deve ser por esse respeitado durante o vínculo empregatício. O direito à privacidade, todavia, não é absoluto, sofre limitações diante do poder diretivo do empregador, que objetiva garantir o bom funcionamento da empresa. A doutrina tem preferido se reportar de forma autônoma às dimensões do poder empregatício, que se dividem em poder diretivo, regulamentar,

disciplinar e fiscalizatório (DELGADO, 2002, p. 608).

Pelo poder diretivo ou organizativo, o empregador distribui as funções, os cargos e a atividade da empresa, ou seja, organiza a sua estrutura interna. Acentua-se que o poder regulamentar para a doutrina dominante é uma expressão do poder diretivo, dado que é através de meios formais e informais que o poder diretivo se concretiza; já o poder disciplinar permite a punição àqueles trabalhadores que violam as normas do contrato de trabalho; e, por último, o poder fiscalizatório, também chamado poder de controle, que permite ao empregador verificar o exercício da atividade dos seus empregados, possibilitando um acompanhamento contínuo da prestação laboral e uma certa vigilância ao longo do espaço interno de trabalho.

Esse poder de controle se manifesta muitas vezes por instrumentos tecnológicos, como por exemplo, circuito interno de televisão, e-mails corporativos e acesso a redes sociais do trabalhador. E é importante tanto no âmbito econômico, para o desenvolvimento da atividade empresarial, quanto social, para a geração de empregos. Tanto o é que a fiscalização do trabalho é mais do que um direito, é também uma função da empresa. Entretanto, esse poder fiscalizatório não pode ser exercido de acordo com o julgamento do empregador. Há direitos expressos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que visam garantir o respeito e o bom desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. A proteção à liberdade e à dignidade da pessoa humana geram efeitos em todo e qualquer tipo de relação jurídica, por isso não podem ser restringidas a ponto de se admitir a violação da privacidade, intimidade, honra e imagem do trabalhador.

A Constituição Federal, ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana,

repudia qualquer ato que agrida a liberdade, a igualdade e a integridade psicofísica, que são alguns dos princípios corolários da dignidade. Outrossim, os direitos da personalidade estão garantidos pelo princípio da dignidade e protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Todavia, os instrumentos tecnológicos de informação, ao permitir o acesso desenfreado pelo empregador a dados sensíveis do trabalhador, têm causado sérios riscos e violações a esses princípios e direitos constitucionais, causando, como consequência, práticas discriminatórias dentro e fora do ambiente de trabalho. Nesse sentido, tem sido recorrente em seleções de emprego a busca prévia por características pessoais, opiniões políticas, orientação sexual, no perfil do candidato em redes sociais. Ou seja, o candidato é invadido na sua privacidade, em questões que muitas vezes não têm qualquer relação com a função no trabalho, sendo julgado e representado antes mesmo de uma análise profissional ao seu currículo.

É preciso que haja uma ponderação entre os interesses presentes na relação empregatícia, isto é, um ponto de equilíbrio para que o exercício do direito do empregador não viole os direitos de personalidade do empregado. Dessa forma, será possível identificar até onde o poder diretivo pode avançar para não restringir de forma desarrazoada os direitos de personalidade. Mesmo em uma situação específica no direito do trabalho: o emprego em organizações de tendência, há de se ponderar acerca da extensão do poder diretivo do empregador frente aos direitos de personalidade do trabalhador. Nesse caso, não se deve admitir uma restrição absoluta aos direitos de personalidade do trabalhador, inclusive no se refere à sua privacidade, em razão da ideologia, credo ou religião do empregador. A restrição deve ser razoável no sentido de questionar de que modo aspectos existenciais privados do trabalhador prejudicam de

fato a organização (ALVES, 2012). Deve-se observar se aquele aspecto existencial do trabalhador contraria uma qualificação ocupacional de boa-fé, ou seja, uma exigência do empregador que fora do contexto de uma organização de tendência seria considerada discriminatória, mas que nesse caso se mostra necessária e extremamente gravosa de ser acomodada pelo empregador.

Apesar da ausência de preceitos jurídicos claros na seara trabalhista, as regras e princípios gerais são aptos a orientar o operador jurídico diante da violação de direitos da personalidade no caso concreto. Tanto o é que, ainda que em passos lentos, a ordem jurídica estatal tem manifestado preocupação quanto às violações do direito da personalidade no ambiente de trabalho, ao estabelecer, por exemplo, o Artigo 373-A da CLT¹ que veda revistas íntimas em trabalhadoras pelo empregador ou preposto.

Em 2016, entrou em vigor a Lei 13.271, que positivou a proibição de revista íntima de empregadas nos locais de trabalho, bem como de revista íntima em ambientes prisionais, com o fim de garantir

1 A lei 9.799 de 26.05.1999 incluiu na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A, que traz vedações a práticas discriminatórias entre trabalhadores, bem como que violem direitos da personalidade. Senão vejamos: Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).

e assegurar à mulher o direito ao trabalho sem ter, sucessivamente, sua privacidade violada. O art. 3º da referida lei, direcionado à revista íntima em ambientes prisionais, foi vetado pela ex-presidente da república, uma vez que admitia a revista íntima nas prisões, além de permitir a interpretação de que todas as revistas seriam feitas por agentes do sexo feminino – tantos em homens quanto em mulheres. Portanto, além da previsão na Consolidação das Leis do Trabalho sobre vedação de revista íntima, a Lei 13.271/2016 reforçou a proibição dessa prática discriminatória e violadora da intimidade da empregada nos locais de trabalho.

A Lei estabeleceu, ainda, penalidade, decorrente da realização de revista íntima em empregadas e clientes das empresas privadas, órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, de multa de vinte mil reais ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher, e, em caso de reincidência, multa em dobro daquele valor, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal.

Por outro lado, a Organização Internacional do Trabalho - OIT traz previsão normativa expressa de repúdio a atos discriminatórios no ambiente de trabalho. A Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, no seu artigo 1º, apresenta um rol de formas de discriminação que considera como ato discriminatório qualquer distinção, exclusão ou preferência que vise destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de emprego ou profissão. O Brasil, porém, mesmo tendo ratificado a referida Convenção, não a observa em sua plenitude, uma vez que o acesso a informações de cunho privado do trabalhador é fator responsável por condutas discriminatórias no ambiente de trabalho, expressamente vedadas pela norma internacional.

Em uma tentativa de normatização do tema, no ano de 2008, durante o XIV Congresso Nacional da Magistratura da Justiça do Trabalho, foi aprovado o enunciado sobre banco de dados e intimidade informática no trabalho:

Os bancos informatizados de dados permitem traçar o perfil ideológico, racial, sexual ou psicológico do trabalhador, podendo vulnerar o direito à intimidade ou ensejar práticas discriminatórias na empresa. O direito à intimidade informática do trabalhador está fundado nos princípios da finalidade e autodeterminação informativa. O primeiro impõe a conexão entre a informação cadastrada e um interesse empresarial legítimo, e o segundo pressupõe o consentimento inequívoco do trabalhador e a possibilidade de vindicar a alteração de dados, quando errôneos ou desatualizados (DINIZ, 2008).

A doutrina tem demonstrado especial atenção ao estudo da privacidade dos trabalhadores em razão das consequências geradas pelo uso de telefones celulares fornecidos pelo empregador, comunicação via internet à sua residência e todos os outros instrumentos eletrônicos que violam a vida privada do trabalhador em seus momentos íntimos e de convívio familiar, mas ainda são insuficientes e ineficazes as ferramentas de proteção efetiva do direito de privacidade do empregado, e, conseqüentemente, a prática de atos discriminatórios ainda estão presentes no cotidiano das relações de trabalho.

3 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DECORRENTE DA COLETA DE DADOS SENSÍVEIS

Como examinado, portanto, o acesso a dados sensíveis do trabalhador e de candidatos a vagas em empresas é uma prática cada vez mais recorrente entre empregadores, que se utilizam de instrumentos tecnológicos e informatizados para controlar, vigiar e buscar informações novas sobre os trabalhadores.

Essas informações são coletadas e utilizadas de diversas formas, sob inúmeros fundamentos, como por exemplo, garantir uma maior segurança para a empresa, preservar a sua imagem, entre outras tantas justificativas. Porém, a vigilância incessante sobre a vida privada do empregado possibilita ao empregador, sob o argumento de estar respaldado no seu poder diretivo, utilizar as informações pessoais coletadas para práticas discriminatórias e abusivas, que ferem sobremaneira os direitos de personalidade do trabalhador.

Há dois diferentes níveis de tratamento aos dados do trabalhador, um que pode ser utilizado na fase pré-contratual, no decorrer da seleção para o emprego, em que o empregador realiza o tratamento de dados de identificação, através de currículos, perfil psicológico, dados de saúde e de registros criminais, por exemplo. E outro, durante o contrato de trabalho, em que os dados do trabalhador são utilizados para aferir a sua produtividade, seu estado de saúde e a observância do cumprimento das regras estabelecidas pela empresa (CASTRO, 2002, p. 28-29).

Com efeito, tem sido usual nas empresas, durante a fase de seleção, a aplicação de testes genéticos, exames toxicológicos, investigação sobre questões pessoais em *facebook* e outras redes sociais, questionamentos sobre orientação sexual, opinião política, dentre outros. Todavia, a jurisprudência tem considerado abusiva muitas destas práticas, pois representam uma presunção de discriminação, uma vez que determinadas informações em nada interferem na condição de um

bom profissional. Apenas aquelas que versem sobre a vida profissional do candidato, como por exemplo, experiências anteriores, diplomas e certificados, devem ser realizadas.

Atos discriminatórios, decorrentes do conhecimento dessas informações, podem ocorrer em ambos os momentos referidos, não somente pela invasão de privacidade, mas também pela eventual divulgação desses dados após a seleção. Por essa razão, os dados pessoais de candidatos não selecionados devem ser mantidos apenas enquanto durar o processo. Apesar de não haver uma previsão expressa sobre o assunto, se discute sobre a possibilidade de se admitir a aplicação da prescrição bienal trabalhista para manutenção desses dados, ou seja, surge para o candidato o direito ao esquecimento, referente aos seus dados pessoais fornecidos durante a seleção, após o transcurso de dois anos.

Durante a manutenção do contrato de trabalho, a discriminação pode ultrapassar a relação entre empregado e empregador, ocorrendo, inclusive, por colegas de trabalho, gerando o afastamento do trabalhador do convívio social e, em casos extremos, cria-se uma oportunidade para o assédio moral no trabalho. Vê-se, portanto, que em qualquer das hipóteses há uma violação ao princípio da dignidade humana se não houver um limite para utilização daquelas informações.

Essa violação gera o direito à indenização por dano moral. Dessa forma, o empregado pode pleitear judicialmente uma indenização pela violação à sua privacidade. É contumaz na jurisprudência dos tribunais trabalhistas, o ajuizamento de ações que tratam de situações de discriminação, seja pela orientação sexual, por opiniões políticas ou religiosas, que buscam a devida reparação pela violação à imagem, a honra e a dignidade do trabalhador.

Ainda há muitos trabalhadores que suportam calados atos

discriminatórios no ambiente de trabalho, geralmente por ser aquele emprego a fonte de sustento da família, e por medo da demissão, diante da dificuldade em encontrar um novo posto de trabalho. O trabalhador termina por se encontrar psicologicamente condicionado na luta pelos seus direitos.

Essas ações, normalmente, são ajuizadas apenas quando o empregado é demitido pela empresa, ou quando as consequências da violação aos direitos da personalidade atingem o trabalhador de tal maneira que o impede de se manter no trabalho. E as consequências dos atos discriminatórios, a depender da situação, podem causar graves problemas que comprometem o desenvolvimento da sua personalidade.

O leque de direitos fundamentais nas relações de trabalho é bastante amplo, abrangendo desde o princípio da dignidade da pessoa ao respeito à honra, à intimidade e à privacidade, que buscam salvaguardar os aspectos mais íntimos do indivíduo, tutelando, por conseguinte, a sua personalidade, e que devem ser respeitados pelo empregador no âmbito da relação de emprego, visto que estão além do seu poder diretivo. Com esse fundamento normativo, são três as respostas possibilitadas pela lei ao trabalhador em decorrência de atos discriminatórios no ambiente de trabalho. A primeira definida como “despedida indireta”, prevista no art. 483 da CLT, em que se pleiteia, por meio do ajuizamento de uma ação, o reconhecimento da falta grave cometida pelo empregador e o recebimento de todas as verbas rescisórias. A segunda é o ajuizamento de uma ação para reintegração no trabalho, desde que não haja incompatibilidade entre as partes para prosseguimento da relação empregatícia, no caso do empregado ter sido demitido, e sendo o obreiro portador de algum tipo de estabilidade ou garantia de emprego. Por último, o ajuizamento de uma ação buscando unicamente o dano moral decorrente do ato

discriminatório sofrido, que também pode ser cumulado com as hipóteses anteriores.

Contudo, vê-se que ainda é necessária uma eficaz proteção à privacidade do trabalhador, que alcance desde o acesso à divulgação dos dados sensíveis coletados. O que quer dizer, portanto, que a anuência do trabalhador para tomada de conhecimento dessas informações pela entidade empregadora não importa obrigatoriamente na sua divulgação, ou seja, não se estende à possibilidade de revelá-los a terceiros, mas é preciso seu consentimento e a possibilidade de controlá-las.

CONCLUSÃO

O conceito tradicional de privacidade, sob a influência da tecnologia, evoluiu. Por um lado, a partir das novas tecnologias, as informações dos indivíduos foram sendo cada vez mais acessadas em decorrência do surgimento de novos instrumentos de coleta de dados; por outro, o direito de acesso efetivo aos dados fornecidos permite uma maior transparência da atuação dos organismos públicos e privados na coleta. Ou seja, o exercício desse acesso funciona tanto como um instrumento de transparência dessa atividade, visando à proteção da privacidade, quanto de limitação da circulação de determinadas informações.

Essas transformações ocasionaram um apelo maior à privacidade, mas não sob uma lógica proprietária, de defesa da esfera privada contra as invasões exteriores, e sim da possibilidade de indivíduos e grupos controlarem suas próprias informações de forma integrada.

As mudanças tiveram repercussão em todos os tipos de relações jurídicas, inclusive, nas trabalhistas. Com a tecnologia, o acesso a certas informações e o seu processamento possibilitaram maior produtividade

e lucratividade para as empresas. Em contrapartida, essas ferramentas tecnológicas permitiram ao empregador um maior controle e vigilância sobre os empregados, desde o momento prévio à admissão no emprego à vigilância constante durante a vigência do contrato de trabalho.

Os empregadores passaram a se utilizar de ferramentas tecnológicas para facilitar o desenvolvimento estrutural e produtivo da sua empresa, mas também para ter acesso a todo tipo de informação sobre o trabalhador, buscadas desde a fase pré-contratual, de seleção do emprego, como durante o vínculo empregatício, inclusive sobre os seus dados sensíveis, que em nada definem sua aptidão profissional, como as relacionadas à esfera da saúde, das opiniões, das questões sindicais e políticas e de orientação sexual, visto que a partir delas podem partir práticas discriminatórias.

O direito à privacidade passou a sofrer com maior frequência violações em decorrência dos instrumentos tecnológicos facilitadores de acesso a dados pessoais do trabalhador, sob a falsa crença de estar o empregador agindo de acordo com o seu poder empregatício, decorrente da relação de emprego, gerando graves consequências ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Dessa forma, a jurisprudência recente tem condenado as empresas que praticam atos discriminatórios a pagamento de indenizações, sob o fundamento de que a privacidade, quando violada, gera direito a dano moral, por ser ela um direito da personalidade.

A legislação internacional ainda não tem um tratado internacional específico sobre proteção de dados pessoais no local de trabalho, mas possui expressa previsão sobre o direito a não-discriminação e à privacidade, que devem ser respeitadas pelo Brasil, visto que o país ratificou a Convenção nº 111 da OIT, que dispõe sobre o assunto.

A legislação nacional possui expressa previsão na Constituição Federal, em seu art. 5º, que garante proteção aos direitos da personalidade. A legislação trabalhista, todavia, ainda é omissa sobre o assunto, mas, a passos lentos, tem criado mecanismos de combate à discriminação e aos direitos da personalidade do trabalhador.

Por fim, conclui-se que ainda não é possível garantir uma tutela eficaz aos dados sensíveis do trabalhador nas relações empregatícias. É necessário estabelecer diretrizes para o tratamento das informações coletadas considerando o poder empregatício do empregador, para que esse poder não seja exercido de forma a violar o direito de privacidade do trabalhador, respeitando, portanto, os seus dados sensíveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, Liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador – considerações sobre a experiência do direito francês. **Doutrinas essenciais de direito do trabalho e da seguridade social**, São Paulo, v. 3, n. 1, p.871-891, set. 2012.

CASTRO, Catarina Sarmento e. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores. **Questões laborais**, Lisboa, n. 19, p. 27-60, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

DINIZ, Ana Paola Santos Machado. **Banco de dados e intimidade informática no trabalho**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-31/anamatra_aprova_47_teses_justica_trabalho?pagina=2>. Acesso em: 19 jan. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar*, Fortaleza, n. 2, p. 354-400, maio/ago. 2013.

PALM, Elin. Privacy Expectations at Work-What is Reasonable and Why? **Ethical theory and moral practice**, v. 12, n. 2, p. 201-215, 2009. Disponível em: <http://resolver.scholarsportal.info/resolve/13862820/v12i0002/201_peawiraw>. Acesso em: 17 jan. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The right to informational self-determination and the value of self-development: reassessing the importance of privacy for democracy. In: GUTWIRTH, Serge et al. (Ed.). **Reinventing data protection?** The Netherlands: Springer Netherlands, 2009. p. 45-76.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, **Harvard** v. 4, n. 5, p. 193, Dec. 1890.

Como citar: COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 214-236, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p214. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/01/2017

Aprovado em: 22/05/2017

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO FORTALECEDOR DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

THE MEDIATION AS STRENGTHENING INSTRUMENT OF ACCESS TO JUSTICE AND OF DEMOCRACY ON FAMILY CONFLICTS RESOLUTION

José Ricardo Suter*
Rozane da Rosa Cachapuz**

Como citar: SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A mediação como instrumento fortalecedor do acesso à justiça e da democracia na resolução de conflitos familiares. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 237-261, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p237. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O Estado Democrático de Direito sugere e instiga a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos que superem o modelo judicial tradicional. Este trabalho apresenta a aplicação da mediação como meio de resolução de conflitos no direito de família no intuito de apontar esta técnica como importante instrumento fortalecedor do acesso à justiça e da democracia.

Palavras-chave: Mediação. Direito de família.

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Docência do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha de Marília (UNIVEM). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (PROJURIS/FIO). Professor. Advogado, Mediador e Conciliador Judicial cadastrado junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Instrutor de Oficina de Parentalidade formado pelo CNJ. Revisor de Periódicos. Coordenador da Comissão Especial do Direito à Adoção da 58ª Subseção da OAB-SP. Email: ricardosuter@hotmail.com.

** Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família, pela Pontifícia Universidade Católica de São

Resolução de conflitos. Acesso à justiça. Democracia.

Abstract: The Democratic Rule of Law suggests that the use of consensual methods for conflict resolution is a means for overcoming the traditional standard of law. With that in mind, this study presents the development of mediation as a conflict resolution mechanism in Family Law; thus, seeking to highlight this instrument as an important tool for guaranteeing access to justice and democracy.

Keywords: Mediation. Family law. Conflict resolution. Access to justice. Democracy.

Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha. Professora na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. Email: rozane_cachapuz@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A família é um ambiente predisposto a sentimentos de afeto, carinho, amor, confiança e segurança mas também; ódio, raiva, angústias, mágoas, dor. Conforme prescreve a Constituição Federal de 1988, a família é a base da sociedade, pois cada ser humano faz parte de uma, que é fortalecida por uma relação de afeição que os une.

Entretanto, a sociedade que encontra-se em constante transformação, passa por um período em que algumas de suas modificações estão diretamente relacionadas com desequilíbrios da organização familiar. Grandes fatores a amotinar os lares são a violência, desemprego, drogas, infidelidades, miserabilidade, dentre outros.

Os conflitos familiares são inúmeros e muito complexos, variam em graus de intensidade e gravidade. Segundo Braga Neto (2010) deveriam ser considerados frutos naturais dos laços familiares, porém podem abalar a essência dos indivíduos, o que acaba por dificultar a resolução direta entre os envolvidos e cria a necessidade de um terceiro para postular quem tem o direito. Assim, em momento de ruptura afetiva, a família busca o poder judiciário para solucionar os seus conflitos, esperando que sua contenda seja resolvida.

Contudo, observa-se que decisões impositivas dos juízes tem sido questionadas e, muitas vezes, ineficientes em findar as demandas. Além disso, o poder judiciário é moroso em virtude dos inúmeros processos instaurados nos fóruns, causando assim, a cada dia, mais consternação e padecimento às pessoas que estão à espera de uma célere e eficaz prestação jurisdicional.

Intervir em litígios, principalmente os que envolvem famílias,

requer ética, cuidado, sensibilidade pois os participantes podem ser dotados de laços indissolúveis. Oportunizar um ambiente no qual os familiares em conflito possam expor seus pontos de vista e sentimentos, o que é possível com a mediação familiar, parece ser a forma mais indicada e menos traumática de resolver estes conflitos.

A mediação é uma técnica consensual para resolução de conflitos e auxilia na construção de uma sociedade mais estruturada à medida que inclui as partes litigantes na busca de seus anseios e resolução de seus pleitos por meio da negociação utilizada nesta técnica. Os envolvidos elaboram soluções para satisfazer seus interesses comuns, contribuindo assim para a preservação da relação familiar entre eles.

O Estado Democrático de Direito, sugere e instiga a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos que superem o modelo judicial tradicional. A mediação, à medida em que insere as pessoas envolvidas na administração e solução de seus litígios pratica a democratização no âmbito da gestão e resolução de conflitos viabilizando o acesso à justiça (ROMÃO, 2003).

Assim, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) que entrou em vigor em março de 2016 e a Lei 13.140 de 2015 (BRASIL, 2015b)¹, estimulam métodos nos quais as partes possam construir seus próprios resultados. Desta forma a mediação indica um novo horizonte no Poder Judiciário Brasileiro, notadamente no Direito de Família.

Ancorado no método dedutivo, este trabalho apresenta a aplicação da mediação como meio de resolução de conflitos no direito de família no intuito de apontar esta técnica como importante instrumento

¹ Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997 (BRASIL, 2015b).

fortalecedor do acesso à justiça e da democracia. Desta maneira, nos capítulos subsequentes serão abordadas considerações (i) a evolução da família, seus conflitos, o poder judiciário e a mediação como mecanismo de negociação no Brasil; (ii) aplicação da mediação no direito de família; (iii) mediação aplicada no direito de família como via de acesso ao fortalecimento do acesso à justiça e da democracia em razão do incentivo, participação e empoderamento das partes envolvidas na resolução de seus conflitos.

1 A FAMÍLIA, SEUS CONFLITOS, O JUDICIÁRIO E A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE NEGOCIAÇÃO NO BRASIL

A existência do ser humano está condicionada à vida em pares e, seja pelo afeto, pela necessidade ou outro motivo, as famílias estão em constante formação (DIAS, 2015).

Com o passar dos anos muitos foram os motivos que uniram os indivíduos em famílias: a busca pela sobrevivência, a prática comum de um ofício, a conservação dos bens. No entanto, com sua evolução, o que passou a uni-los foi a religião, assim o sacramento do matrimônio era a única forma de iniciar uma família (RUSSO, 2005). Ao mesmo tempo, no decorrer dos séculos, estas famílias organizaram-se de formas diferentes, passando rapidamente pela família matriarcal, liderada pela figura feminina e nem sempre contava com a presença masculina em seu seio, e logo estrutura familiar passou a ter tradicional forma patriarcal composta pelo pai, mãe e filhos (DILL; CALDERAN, 2011).

Atualmente a sociedade atravessa nova fase e a família

experienciou transformações marcantes em sua constituição. A grande maioria das pessoas já se acostumou às novas formas da família contemporânea que não se restringe mais ao modelo pai-mãe-filhos, hoje existem as que se formaram da união de famílias desfeitas, famílias homoafetivas, famílias formadas pelos filhos e só um dos pais, entre tantos outros (DILL; CALDERAN, 2011).

Desta maneira fez-se necessária até a atualização do conceito da palavra família. Segundo o Dicionário Houaiss trata-se de um núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos que, geralmente, compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”. Observa-se a incorporação da afetividade na relação familiar atual como um princípio fundamental de modo que enquanto houver afeto haverá família, ou seja, o término do afeto é o que, normalmente, dá início ao rompimento dos laços familiares na época atual (LÔBO, 2006).

É certo que, nas últimas décadas, as transformações sociais atingiram diretamente o núcleo familiar de forma que abalaram sua estrutura social, econômica, cultural e até mesmo afetiva dando causa a inúmeros tipos de conflitos, assim os problemas familiares abarrotam o Judiciário. No entanto, antes de serem de direito, são afetivos, emocionais e relacionais, antecedidos de sofrimento e dor (CACHAPUZ; GOMES, 2006).

Contudo, Maria Berenice Dias (2007) preleciona que o conceito sacralizado que a família gozou ao longo da história, está inserido na ideia de indissolubilidade, por ser base da sociedade. Assim o direito de família é a área do direito mais influenciada por questões morais e religiosas, sendo possível compreender a sua extensão e significância, haja vista, ser uma área complexa em que as partes mais se envolvem com a demanda judicial.

O Estado por meio do seu poder de mando, através do poder judiciário, tem a responsabilidade em resolver os conflitos da sociedade, aplicando o direito na busca pela justiça, porém realidade social e sistema jurídico nem sempre caminham juntos culminando na necessidade de reformulação na atuação do Poder Judiciário com soluções mais céleres e de fácil acesso às pessoas (GANANCIA, 2001).

Além disso o número expressivo de litígios na área do Direito de Família nas últimas décadas trouxe um acúmulo de trabalho ao qual o Judiciário mostrou-se incapaz de atender de forma efetiva. A ingerência e a ineficácia estatais, no tocante os conflitos familiares, evidenciam-se ainda mais graves à medida que tais conflitos têm como essência, os sentimentos, a psique dos sujeitos (CACHAPUZ, 2011).

Nas palavras de Warren E. Burger, “[...] nosso sistema (de administração da justiça) é excessivamente oneroso, excessivamente doloroso, excessivamente destrutivo, excessivamente ineficiente para um povo verdadeiramente civilizado” (BURGER, 1976 apud ROBLES, 2009, p. 24).

Nesse sentido, Splenger e Splenger Neto (2012, p. 11) ao se referirem à crise jurisdicional brasileira, dissertaram que:

O Judiciário-enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submetido à lei se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente.

Ainda no contexto, Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 17)

assevera que:

A realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emaranhado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, [...].

A par disso a Lei 13.140 de 2015, que dispõe sobre a mediação, bem como o NCPC, trazem dispositivos que estimulam métodos nos quais as partes possam construir seus próprios resultados sem a intervenção do terceiro juiz. Tais mecanismos merecem destaque por serem formas consensuais de solução de conflitos e possibilitarem o empoderamento das partes, assim como a celeridade à resolução do litígio (SUTER; CACHAPUZ, 2015).

Além disso o NCPC imputa ao Poder Judiciário, como um princípio geral para o direito processual civil, o dever de promover, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, que se realiza por meio da mediação, conciliação entre outros métodos. Além de estimular estas práticas por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do ministério público (artigo 3º, § 2º e §3º) (BUENO, 2015, p. 21-22).

Nesse interim, a lei da mediação está amparada pelos princípios da imparcialidade; isonomia; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa fé. Pressupõe, também, a oportunidade da utilização da cláusula contratual de mediação e estabelece que podem ser objeto de mediação os conflitos que aludem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (BRASIL, 2015).

Dessa maneira, a lei da mediação indica o instituto como concepção “transformadora do conflito”, em razão de não buscar a imposição de um terceiro, mas o desfecho pelas próprias partes envolvidas, propiciada pelo diálogo estabelecido pelo mediador por meio da negociação (WARAT, 2001, p. 80).

Assim, tem-se a mediação como forte MECENISMO de negociação, haja vista os próprios conflitantes terem a oportunidade de gerenciar e resolver seus conflitos por meio da negociação (ROBLES, 2009).

Laura García Raga (2010) afirma que a mediação não é simplesmente uma maneira de resolver litígios, mas sim um instrumento que capacita as partes a restabeleceram a comunicação e gerenciar os conflitos. Assegura que é uma técnica de gestão democrática de conflitos, possuindo um cunho educativo e negociador. Esse poder de negociação dado as partes faz a mediação se apresentar também como via de acesso à justiça.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) preleciona que o acesso à justiça deve ser mais do que garantir o acesso à justiça propriamente dito, deve assegurar o acesso à resposta esperada e efetiva obtida por meio do Poder Judiciário, almejado através da eleição de uma adequada resolução do litígio.

A mediação apresenta-se como via de acesso à justiça e propulsora da democracia nos dias atuais, pois a inclusão do instituto da mediação no NCPC e a própria lei de mediação promove por meio da negociação entre as partes, várias melhorias e vantagens que podem ser atingidas pelo referido instituto, tais como: a) Redução do desgaste emocional e do custo financeiro; b) Construção de soluções apropriadas às reais necessidades e probabilidades das partes; c) Maior satisfação dos envolvidos; d) Mais celeridade na solução de conflitos quer pessoais,

familiares ou de negócios; e) Desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões; f) Possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos litigantes, conforme a natureza da questão, g) Além da garantia de privacidade e sigilo (PEREIRA, 2015).

Portanto, deve-se ressaltar que a prática da mediação deve estar associada ao exercício da cidadania, por meio da participação dos integrantes no fortalecimento do acesso à justiça. De acordo com Luis Alberto Warat (2001), é certo que os meios consensuais se encontram em uma posição além da resolução de lides judiciais, haja vista que esse instituto deve ser interpretado como medida educativa, de exercício de cidadania e dos direitos humanos.

Em consonância com as ideias apresentadas até então, o estímulo à prática dos meios consensuais de resolução de conflitos, notadamente a mediação, permite às partes um entendimento amplo de direitos, pois estão mais envolvidas na negociação de seus interesses. Além disso, admite também o acesso à justiça que, de acordo com Kazuo Watanabe (1988) relaciona-se à ordem jurídica adequada não devendo se restringir aos órgãos judiciais consagrados, mas ampliar-se aos institutos da mediação, conciliação e as outras formas de composição de litígios.

2 APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos é alvo de estudos e discussões. Já em 2010 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses incumbindo os órgãos judiciários

de oferecerem mecanismos de soluções de controvérsias, em especial a mediação, a conciliação e a arbitragem, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão (PEREIRA, 2016).

Nesse interim, cada mecanismo de resolução de conflitos deve ser utilizado de acordo com a natureza e especificidade da demanda. A mediação é a técnica indicada para solucionar conflitos quando há vínculo anterior entre as partes, desta forma é a técnica mais indicada a ser aplicada no direito de família (WATANABE, 2003).

A par disso, a Lei 13.140 de 26 de junho de 2.015 forneceu um conceito para a mediação em seu artigo 1º, parágrafo único, que diz:

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015b).

A corroborar sobre a utilização da mediação nas demandas familiares, o artigo 165, § 3º do NCPC, reza:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015a).

Ainda, Ramos et al. (1999, p. 4) já asseguraram:

La mediación tiene numerosos campos de aplicación, dentro de los que existe bastante experiencia; encontramos el de familia, (tensiones entre pareja: como casos de separación y divorcio o disputas de bienes matrimoniales, maltratos o agresiones a mujeres, hombres, y niños.); laborales (conflictos gremiales, laborales e intra o interorganizacionales); comunales (disputas vecinales, comunales y municipales), que se ajustan a campos de intervención propios del trabajo social. La mediación es también importante en campos como el de la educación (conflictos en escuelas, colegios y universidades), quejas por mala atención o agravios de parte de funcionarios públicos, querellas entre el sector privado y el Estado o viceversa, disputas sobre alquileres, propiedades y otros bienes muebles e inmuebles, problemas de tránsito, conflictos ambientales o por el uso de recursos naturales y otras controversias institucionales, grupales o personales que requieran el uso de la mediación y la negociación según la Ley.

Desta maneira nota-se a amplitude da aplicabilidade da mediação nos mais diversos ramos do direito, notadamente no direito de família. Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 16) assegura que “Essas formas vem enriquecer o ser humano que, ao construir renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstrói suas relações e reconstrói a si mesmo.”

Nessa seara, Walsir Edson Rodrigues Júnior (2007, p. 50) ensina:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os

interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.

Assim, nas palavras de Luis Alberto Warat (1998, p. 5), a mediação é uma forma “ecológica de resolução dos conflitos” tanto no aspecto social por aliviar a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito, quanto no aspecto jurídico por melhorar o acesso à justiça e findar processos que poderiam ocupar os fóruns por longos períodos.

A mediação vem ganhando notabilidade e força por ser uma possibilidade de caracterizar o acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1988) descreveram a mediação como sendo a terceira onda do acesso à justiça. Diante um cenário de um Poder Judiciário em crise, a mediação se concretiza como um meio consensual de resolução de conflitos mais célere, prático e eficaz.

Desta feita, sobre os objetivos da mediação, José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 139) dissertam:

[...] os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de socialização, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social.

Entretanto, para Luis Alberto Warat (2001, p. 31), “o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.” Segundo Maria Berenice Dias (2015) o acompanhamento das partes na solução de seus conflitos assegura o respeito aos sentimentos, permitindo aos envolvidos que se reorganizem, haja vista estarem eles frente a frente.

Em relação a mediação familiar, Barbosa (2010, p. 386) a descreve como sendo:

[...] um instrumento à concretização dos ideais de distribuição de justiça, privilegiando as diferenças, pelo acolhimento e reconhecimento do conflito – sem negá-lo, como ocorre na lógica do litígio – em sua mais ampla concepção, visto como natural ao humano, interpretado como oportunidade de mudança que alça a família ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Ao tratar do direito de família, a resolução dos conflitos vai muito além da simples materialização objetiva, pois quando “vestígios de amor” vão parar no judiciário um método como a mediação pode preservar os laços e a estrutura familiar (PEREIRA, 2016).

Nesse sentido, João Roberto da Silva (2004, p. 58) assevera:

[...] deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania.

Braganholo (2005) ensina que o Estado deve proteger e gerir as regras para preservar a família, por meio de Leis que possam garantir a paz social, nesse sentido o NCPC obteve avanços significativos. Contudo trouxe também um desafio, pois para que sejam realmente eficazes as alterações quanto à possibilidade das próprias partes chegarem a um acordo sobre a melhor forma de resolver a contenda, é necessária a mudança da cultura de litígio para a cultura do consenso.

Todavia migrar de uma cultura fortificada em nossas raízes para uma nova maneira de solucionar conflitos é algo difícil, que demandará tempo e exigirá adaptações dos operadores do direito, da própria sociedade, principalmente dos litigantes envolvidos em demandas familiares (LIMA, 2016).

3 A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO FORTALECEDOR DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA

A evocação da palavra democracia remete a sua origem na Cidade-Estado de Atenas da antiga Grécia onde os cidadãos se reuniam em praça pública para deliberar assuntos políticos. Desde então percebe-se o caráter participativo da democracia que, ao longo dos tempos, deixou de designar apenas um regime político para se transformar em um modo de vida no qual o povo participa ativamente (CHAUI, 2006).

Josef Thesing (2005) afirma que as pessoas não nascem democratas, esta é uma condição que se aprende com o exercício diário da prática cidadã, *verbis*:

[...] la educación política se constituye un recurso especialmente idóneo para transmitir un saber sobre

la democracia. Ella deve capacitar a los ciudadanos para la acción política a fin de que ellos puedan actuar como protagonistas de la democracia. Así surge la democracia como forma de vida (THESING, 2005, p. 145).

Para o mesmo autor, somente existirá um sistema democrático, se houver a efetiva participação dos cidadãos. A complementar, Riccetto, Picchi Neto e Amaral (2016, p. 229) ensinam que:

A democracia participativa é fruto de um aperfeiçoamento histórico da sociedade e das instituições estatais que elevaram a integração popular a novos patamares. O exercício de participação no processo decisional, todavia, pressupõe que o povo tenha consciência do poder que titulariza e se encontre inserido em um processo informativo; [...].

Nesse sentido, a mediação aponta como uma alternativa democrática na resolução de conflitos, viabilizando o acesso à justiça. Apresenta-se como uma trajetória de novos caminhos para a construção do processo democrático, privilegiando práticas que fortalecem a cidadania, em razão de protagonizar os envolvidos, possibilitando-os encontrar, por si próprios, soluções adequadas para o seu litígio por meio da negociação estebelecida.

Assim, a mediação familiar é uma via de acesso ao fortalecimento da democracia a partir da negociação, incentivo, participação e empoderamento das partes envolvidas no litígio, tendo o objetivo de fortalecer suas autonomias nas tomadas de suas decisões, não focando unicamente na resolução do conflito em si, mas sim em todo o contexto, emoções, sentimentos ligados a ele (ZAPPAROLLI; KRÄHENBÜHL,

2012).

A corroborar, Luis Alberto Warat (2001, p. 88) assegura que a mediação deve ser entendida como uma estratégia educativa, como exercício de cidadania, dos direitos humanos e da democracia:

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito.

As pessoas que são submetidas a sessões de mediação, em razão as suas desavenças familiares, devem ser levadas a repensar seus modos de visão em relação ao problema, objeto de conflito, restabelecendo a comunicação com o outro e o próprio relacionamento em si (ZAPPAROLLI; KRÄHENBÜHL, 2012).

Para tanto é pré-requisito que a sessão de mediação familiar seja traduzida numa esfera participativa em que os interesses litigados possam resultar em soluções criativas e não, impostas por um terceiro, o juiz. É preciso, portanto, que a mediação familiar assuma esse viés, como momento legítimo de participação social no exercício da democracia, com a proposta de humanizar as relações, produzindo uma justiça voltada à qualidade de vida (WARAT, 2001).

Para Jean-François Six (2001), a mediação pode reestabelecer laços entre familiares que já não existiam mais, ultrapassando a resolução de disputas, devendo haver um espaço para criação, na qual se fomenta o fortalecimento da democracia, em razão à escuta mútua das partes,

gestão da resolução dos conflitos e responsabilização à participação dos envolvidos.

O empoderamento no processo de mediação refere-se também ao auxílio do mediador em fazer com que os mediados tenham compreensão recíproca de seus interesses e sentimentos. Outra seara desse incentivo diz respeito à necessidade de o mediador auxiliar as partes a buscarem suas capacidades de resolverem seus conflitos e conquistarem autonomia. Assim, estimular as partes importaria em fazê-las entender suas capacidades e qualidades, notadamente no que se refere à gestão e solução autocompositiva e consensual dos conflitos (AZEVEDO, 2009).

Nesse sentido, o estímulo apresenta outras dimensões, encorajando as partes a capacidade para uma compreensão ampla de direitos, dando-lhes condições jurídicas para o acesso à justiça, que, para Kazuo Watanabe, denota-se o acesso à ordem jurídica correta, não devendo se limitar ao acesso aos órgãos judiciais já existentes, mas também levando em consideração a ordem jurídica e suas respectivas instituições (WATANABE, 1988).

Assim, a mediação familiar, além de auxiliar os mediados a resolverem seus litígios de forma consciente, empodera-os, auxilia-os a conhecer direitos, métodos, fortalecendo a democracia, propiciando os caminhos para efetivá-los, impulsionando o acesso à justiça (WARAT, 2001).

CONCLUSÃO

Os problemas apresentados no direito de família são dinâmicos e com isso os meios de resolução dessas controvérsias devem acompanha-

los. Sabe-se que é dever do Estado a proteção das famílias conforme disposto na Magna Carta de 1988. Nesse sentido, a mediação se apresenta como um excelente, célere e eficaz meio de pacificação e solução de conflitos na seara familiar.

A mediação familiar se torna um recurso útil, haja vista a complexidade dos problemas que normalmente trazem questões afetivas e estas, por sua vez requerem soluções mais rápidas.

Desta maneira, a utilização desta técnica no direito de família se torna um meio de fortalecimento ao acesso à justiça e a democracia, pois incentiva a participação efetiva das partes na resolução de seus conflitos fortalecendo suas autonomias nas tomadas de decisões por meio da negociação estabelecida entre as partes.

Assim, a mediação aplicada nos conflitos familiares possui uma temática que vai além da resolução de litígios, alcança um conteúdo participativo e transformador, afinal, faz com que as partes se envolvam, responsabilizando-as e empoderando-as na tratativa de seus conflitos, de forma a assegurar a democracia pela participação do indivíduo nas suas decisões, permitindo a efetividade do acesso à justiça, fazendo com que a partes possam fazer valer a relação jurídica negocial entre elas, alcançando-se, assim a paz social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: PNUD, 2009.

BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord.). **Direito das famílias: em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade**, no

afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: princípios e norteadores. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 11, p. 29-46, 2010.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Novo desafio frente à constitucionalização do direito de família contemporâneo: a mediação familiar. **Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 29, p. 70-79, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil: anotado** 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; GOMES, Taritha Meda Caetano. A mediação como instrumento pacificador nos conflitos familiares. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 271-286, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 9, p. 107-116, jan./jun. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 30 nov. 2016.

GANANCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria à serviço da parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 7-15, mar. 2001.

LIMA, Flávio Pereira. **Reflexões sobre o novo CPC**: a mediação e a advocacia. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-a-mediacao-e-a-advocacia>>. Acesso em: 21 out. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim

(Coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudo em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e mediação no novo CPC. **Revista Prolegis**, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias no CPC-2015 e os restos do amor**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>> Acesso em: 30 jan. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o código de processo civil projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 207, p. 213-238, 2012.

RAGA, Laura García. Escuelas de mediación. In: PERIS, J. Henri B.; Mena, Francisco H. **Mediación familiar**. Tomo III. Madrid: Dykinson, 2010.

RAMOS, J. L. G. et al. Ponencia: resolución alternativa de conflictos. CONGRESO NACIONAL Y II INTERNACIONAL DE TRABAJO SOCIAL, 5., 1999, San José. Costa Rica.

RICCETTO, Pedro Henrique Arcain; PICCHI NETO, Carlos; AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. O desenho democrático em tríade: a relação condicional entre consciência democrática, accountability e democracia participativa. **Scientia Iuris**,

Londrina, v. 20, n. 2, p. 203-233, jul. 2016. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/24606/19262>. Acesso em: 17 jan. 2017.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROMÃO, José Eduardo Elias. A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do estado democrático de direito. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003. Cap. 6, v. 2. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/primeira-parte-memoria-a-mediacao-como-procedimento-de-realizacao-de-justica-no-ambito-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

RUSSO, José. As sociedades afetivas e sua evolução. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 43, out./nov. 2005.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPLENGER, F. M.; SPLENGER NETO, T. A crise das jurisdições

brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: _____. (Org.). **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. p. 9-46.

SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: FÓRUM DE PROJETOS DE PESQUISA EM DIREITO, 4., 2015, Londrina. Anais... Londrina, 2015. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestradoem direito/soac/index.php/forumuel/IVforumprojetopesquisauel/paper/viewFile/64/31>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

THESING, Josef. La democracia: también una forma de vida. **Diálogo Político**, Buenos Aires, v. 22, n. 1, p. 141-155, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: Almed, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. **Mediação: um projeto inovador**. Série Cadernos do CEJ, v. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas**. São Paulo: LTr, 2012.

Como citar: SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A mediação como instrumento fortalecedor do acesso à justiça e da democracia na resolução de conflitos familiares. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 237-261, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p237. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/02/2017

Aprovado em: 06/06/2017

**O PARADIGMA PÓS-MODERNO DO
NEGÓCIO JURÍDICO E A NECESSIDADE
DE UMA NOVA CONCEPÇÃO NA
CONTEMPORANEIDADE**

THE POST-MODERN PARADIGM OF THE
LEGAL BUSINESS AND THE NEED FOR A
NEW CONCEPTION IN CONTEMPORARY

**Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral ***
Nida Saleh Hatoum **
Marcos Massashi Horita ***

Como citar: AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

* Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vice-coordenadora, professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: anaclaudiazuin@live.com.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada. Email: nida@medina.adv.br.

*** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado em Direito

Resumo: A objetivo desta pesquisa consiste na demonstração de que se faz necessária a superação dos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico na contemporaneidade, sobretudo em razão da infinidade de novas situações jurídicas apresentadas pelo mundo atual, notadamente no campo da tecnologia e da biomedicina, de modo que o direito não tem conseguido mais abarcar a real definição de negócio jurídico, que, por sua vez,

não mais possui conotação apenas patrimonial. O método empregado será o dedutivo.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Superação de paradigmas. Situação jurídica.

Abstract: The objective of this research is to demonstrate that overcoming the classic and modern paradigms of legal business in contemporary times is necessary. Especially due to the infinity of new legal situations presented by the world today, most notably in the field of technology and biomedicine. Moreover, positive law has not been able to define properly the concept of legal business, which no longer has a patrimonial connotation. The method used for this study was deductive reasoning.

Keywords: Legal business. Overcoming paradigms. Legal situations.

pela Escola da Magistratura do Paraná e pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor no curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR em Londrina (PR), no curso de especialização lato sensu em Direito da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Londrina e no curso de Especialização na Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná, Núcleo de Londrina. Procurador do Estado do Paraná. Email: marcoshorita@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Após-modernidade (ou contemporaneidade) traduz um período de transformações jurídicas que surgem na esteira das modificações pelas quais passam a sociedade. Conceitos e institutos jurídicos que remetiam ao século XIX são desafiados a oferecer respostas em um mundo tecnologicamente avançado. Para enfrentar este desafio, os juristas dedicaram reflexões, especialmente no campo da epistemologia, a fim de conceber modelos que deem conta das demandas da sociedade na era da tecnologia.

Para tanto, mister compreender negócio jurídico desde a ótica do Estado Liberal, época em que imperava o individualismo e o chamado princípio da autonomia da vontade, que assegurava ampla liberdade contratual, o que caracteriza o paradigma clássico do negócio jurídico. Como também pela estrutura do Estado Social, através do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, assinalando o paradigma moderno do instituto, ocasião em que a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado cedeu espaço às limitações impostas pela dignidade da pessoa humana, pela função social e pela boa-fé objetiva, incorrendo na ideia de autonomia privada.

Ocorre que, ultrapassados ambas as linhas histórias, a contemporaneidade ergue-se marcada por acontecimentos que, não obstante sua relevância social, carecem de normatividade jurídica, não se enquadrando na categoria dos fatos jurídicos. São fatos que provocam consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – não geram um direito subjetivo, isto é, são fatos desprovidos de normatização jurídica. Dessa

ausência de direito subjetivo decorre o esvaziamento do conceito de sujeito de direitos e de relação jurídica clássica. Nesse ponto é que a situação jurídica tem despertado grande interesse doutrinário, haja vista que os novos acontecimentos carecem de igual valoração e tutela pelo ordenamento jurídico.

A par disso, a pesquisa propõe uma releitura do conceito de “sujeito de direito”, de “relação jurídica”, de “situação jurídica” e de “negócio jurídico”, demonstrando que, diante dessas novas ocorrências que instigam a ordem legal vigente, a abertura da imposição normativa se faz necessária, visto que não há como negar a existência de interesses jurídicos relevantes.

O método utilizado será o dedutivo, na medida em que, inicialmente, (i) se abarcará o paradigma clássico do negócio jurídico, contextualizando o Estado liberal, a autonomia da vontade, o negócio jurídico patrimonial e o sujeito de direito abstrato; em seguida, (ii) se analisará o paradigma moderno do negócio jurídico, considerando o Estado social, a autonomia privada, a permanência do negócio jurídico patrimonial e o sujeito de direito concreto; para, ao final, (iii) examinar especificamente o paradigma pós-moderno do negócio jurídico, o que a doutrina denomina de “A revolta dos fatos contra os códigos” e a garantia do mínimo existencial, assim como a crítica à teoria da subsunção e a necessidade de sua flexibilização.

1 O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO

1.1 O Estado Liberal e a Autonomia da Vontade

Numa perspectiva histórico-sociológica, o Estado Liberal pode

ser definido como aquele que sucedeu o Estado Absolutista. Surgiu no Século XVIII, trazendo como ideia central o reconhecimento de que o indivíduo possui direitos naturais e inalienáveis, como, por exemplo, os relacionados à vida, à liberdade religiosa, à livre manifestação e à propriedade.

A doutrina liberal pregou a defesa da liberdade no campo político, como uma reação ao anterior Estado Totalitário, então acostumado a tudo centralizar, incluindo os rumos da economia. Com o liberalismo, o Estado passou a ter funções específicas, mediante a divisão dos seus poderes e o postulado de que os interesses individuais coincidiam com os interesses da sociedade.

Nesse paradigma, há uma divisão clara entre o público e o privado. Essa separação dicotômica era garantida pelo Estado, que, por intermédio da lei, assegurava a certeza das relações sociais. A valorização do individualismo era consequência óbvia e direta do Estado Liberal, sendo que, “sem individualismo não há liberalismo” (BOBBIO, 2005, p. 16).

Com efeito, no campo do direito privado, o Estado Liberal enalteceu o chamado princípio da autonomia da vontade, principalmente como decorrência dos ideais pós-revolucionários franceses, que objetivavam excluir os contratos do âmbito da intervenção estatal, de modo a garantir a liberdade de contratar.

Na visão do Estado Liberal, o contrato era instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade deveria reinar ampla e livremente. Salvo as limitações previstas em normas de ordem pública, caberia à autonomia da vontade presidir o destino e determinar a força da convenção criada pelos contratantes.

Dentro dessa visão voluntarista, a autonomia da vontade era

compreendida, como “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas” (NORONHA, 1994, p. 113), o que configurava a máxima *voluntas facit legem*. Isso significava que “o contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes”, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, ao abordar a concepção dominante na época do liberalismo e do voluntarismo jurídico (PEREIRA, 1978, p. 21).

Graças à autonomia da vontade, as partes poderiam estipular o que melhor lhes interessassem, escolhendo livremente o tipo de contrato, típico ou atípico, as cláusulas e condições. Assim, essa autonomia permitia que os contratantes autorregulassem os seus interesses, suscitando, mediante declaração de vontade, aspectos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica (GOMES, 1971, p. 28).

Em síntese, o liberalismo colocou o princípio da autonomia da vontade como pilar dos atos da vida civil e estabeleceu a necessidade da não intervenção estatal nas relações de cunho econômico, entendendo que as leis naturais do mercado se encarregavam da promoção do equilíbrio econômico e, por consequência, da harmonia social. Era a conhecida doutrina do *laissez faire*.

A autonomia da vontade e a liberdade contratual formavam, portanto, a viga mestra do direito contratual, por conta do princípio da igualdade de todos perante a lei (“igualdade formal”). Entretanto, pode-se observar que a liberdade contratual correspondia, de um lado, a um progresso na evolução das sociedades ocidentais, mas, de outro, realizava apenas o interesse de uma classe da sociedade, a capitalista (ROPPO, 1988, p. 39).

Dessa forma, vê-se que modelo econômico denominado Estado Liberal vigia sob a preponderância do dogma da autonomia da vontade,

do individualismo e da força obrigatória dos pactos. E tudo isso era positivado nas cláusulas do negócio jurídico, como lei entre as partes, de forma que a intervenção estatal era impossibilitada em razão da autonomia da vontade, que era absoluta.

1.2 O Negócio Jurídico Patrimonial e o Sujeito de Direito Abstrato

O paradigma clássico do negócio jurídico, nada obstante a análise do Estado Liberal e da autonomia da vontade, impõe o estudo, também, do que se compreende por negócio jurídico patrimonial e sujeito de direito abstrato. Como já se expôs no item anterior, com o advento do liberalismo, evidenciou-se grande prestígio ao dogma da autonomia da vontade, ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao intervencionismo estatal mínimo.

Esse contexto, por consectário lógico, conferiu aos negócios jurídicos o caráter de patrimonialismo, tendo em vista que visava tão somente à aferição de lucro e circulação de bens, deixando as necessidades, as condições e os interesses do sujeito em segundo plano. Vale dizer: o sujeito de direitos era abstrato, “perfil jurídico não definido a partir de suas condições concretas.” (FACHIN, 2012, p. 101).

Não eram considerados, portanto, aspectos relevantes dos negócios jurídicos, como o equilíbrio econômico-financeiro das tratativas e a ausência de vícios de consentimento, que, atualmente, poderiam implicar na inexistência ou na invalidade dos contratos. Não por outra razão a doutrina critica a abstração excessiva e genérica, que coloca o indivíduo em segundo plano.

É exatamente neste sentido a crítica, ao ressaltar que deve vigorar atualmente uma concepção de negócio jurídico mais preocupada

com a proteção do sujeito concreto, em detrimento do sujeito de direitos abstrato:

A noção, destarte, de sujeito de direitos apresentada pela codificação e doutrina do século XVIII encontra-se, atualmente, em evidente declínio, superada por uma concepção mais preocupada com a tutela real do sujeito concreto, pessoa cuja vivência não se dissocia da realidade e para quem a suficiência da tutela jurídica somente se alcança quando se superam barreiras do abstracionismo de outrora (PONA, 2015, p. 183)¹.

E, como bem se conclui:

A tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas, e isso também se mostra não apenas em relação aos que são titulares de direito, como também em relação àquilo que pode ser objeto dessa titularidade. Há situações em que a noção clássica, tanto de pessoa quanto de coisa, não mais responde ao sentido que o Código Civil imprime a este tipo de realidade (FACHIN, 2012, p. 106).

Analisado o patrimonialismo e a abstração do sujeito de direitos que integra o que se compreende pelo paradigma clássico dos negócios jurídicos, passa-se, então, à análise do paradigma moderno,

1 Neste sentido, aliás, o autor esclarece que a noção de relação jurídica demonstra também a força teórica abstrata deste período histórico: “Da mesma maneira que se projetaram críticas à abstrata noção de sujeito, por desconsiderar, sobretudo, a individualidade e a realidade concreta daquele que figura como o principal ator no espetáculo da vida em sociedade, o ser humano, pessoa (não técnica, mas viva), a apreensão da relação jurídica como elemento de ligação entre sujeitos mostrou-se inadequada. As transformações sociais, que já não mais permitiam o enquadramento na categoria de sujeito de direito indivíduos cuja realidade clamava pela tutela jurídica, tornam insuficiente o recorte metodológico realizado para a caracterização de uma relação jurídica” (PONA, 2015, p. 183-184).

destacando-se as mudanças significantes advindas do Estado Social.

2 O PARADIGMA MODERNO DO NEGÓCIO JURÍDICO

2.1 O Estado Social e a Autonomia Privada

A codificação, em sua origem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, de forma que os bens jurídicos, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações. Contudo, tal ordem altera-se no estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador desloca-se para a função social que os institutos privados devem cumprir, protegendo-se objetivos baseados na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades culturais e materiais (TEPEDINO, 2004, p. 219).

Embora permaneça como essência do negócio jurídico, o princípio da autonomia da vontade passa por um processo de reavaliação crítica devido a intervenção crescente do Estado, razão pela qual advém a ideia de autonomia privada. Referida expressão designa a quebra de um paradigma do sistema liberalista burguês, apontando a evolução de um conceito.

Nesse ponto, leciona-se que a autonomia da vontade tem conotação subjetiva, psicológica, dizendo respeito à possibilidade reconhecida ao titular de celebrar, ou não, negócios jurídicos, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade, sendo concernente ao poder dos particulares de regular, pelo exercício da própria vontade, o

conteúdo e disciplina dos negócios que resolverem entabular (AMARAL, 2003, p. 337-378). De forma mais abrangente, afirma-se que:

A expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’, e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a ‘autonomia negocial’. A ‘autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado [século XIX] por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico. Modernamente designa-se como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’) seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), seja as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder derivado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado (COSTA, 2002, p. 614-615).

Assim, a nova postura estatal de tomar a responsabilidade para si e intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los e até definir uma solução diferente do acordado, decorre da mudança axiológica sofrida pelo Direito Civil. Os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida pela boa-fé, pela função social do contrato e pela equidade entre as partes.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inicia-se, então, no ordenamento jurídico, o fenômeno chamado de “constitucionalização

do Direito Privado”, o que significa dizer que os princípios básicos do direito privado partem do Código Civil para a Constituição, pilar central do ordenamento:

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado (AMARAL, 2003, p. 52).

A par dessa perspectiva, surge um Estado voltado a programas solidaristas e de valorização da pessoa humana, destarte moldando um direito social e “despatrimonializando”, aqui no sentido de que, inclusive na esfera constitucional, dispõe-se sobre “inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana”, pelo que “o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. É, pois, diante desse tecido normativo, desses verdadeiros objetivos fixados, que o contrato deve ser funcionalizado (GODOY, 2004, p. 115).

Nesse período também adquire relevância o surgimento dos chamados “microsistemas”, que consistem em legislações independentes que igualmente tutelam os princípios no sentido de reconhecer a fraqueza de certos sujeitos na relação negocial:

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 pólo 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 (MORAES, 1991, p. 4).

Da mesma forma, Cláudia Lima Marques (2005, p. 210-211) aponta que os conceitos tradicionais do negócio jurídico e da autonomia privada permaneceram. No entanto, o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações é reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção do contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar outro elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu artigo 4º, III, e como cláusula geral, em seu artigo 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais (MARQUES, 2005, p. 220).

Acerca desses deveres, destaca-se:

[...] pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título.” (COSTA, 2000, p. 429).

Consoante será exposto, esses deveres laterais principiológicos, a exemplo, o dever de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação (COSTA, 2000, p. 439) possuem um único objetivo: concretizar o sujeito de direitos no campo negocial.

2.2 A Permanência do Negócio Jurídico Patrimonial e o Sujeito de Direito Concreto

Como visto, foi superado o paradigma clássico do negócio jurídico pelo advento da regulamentação das relações jurídicas dentro de uma estrutura normativa do Estado Social que por meio de normas cogentes e imperativas como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, a boa-fé objetiva e as disposições do Código de Defesa do Consumidor, limitam a liberdade de contratar do sujeito de direito, substituindo-se o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada.

Com efeito, a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado – autonomia da vontade – perde espaço no paradigma moderno, no qual o exercício do poder de contratar somente é permitido dentro de uma margem de autonomia, de um espaço em branco conferido pelo ordenamento jurídico.

Embora diante de um novo contexto normativo limitador da liberdade de contratar, o negócio jurídico continua atrelado à ideia patrimonialista. O seu objeto continua envolto pela circulação de riquezas, traduzindo o cunho econômico e o escopo capitalista. Entretanto, o paradigma moderno trouxe importante inovação no que se refere ao perfil do sujeito de direito, tratado como um indivíduo e abstratamente considerado pelo paradigma clássico, sob o fundamento de uma pretensa igualdade formal, como já exposto anteriormente. Sobre a igualdade formal, como alicerce de um paradigma fundado no indivíduo, expõe-se que:

É hoje, plenamente aceito, no entanto, que a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, partícipe das relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal. Especialmente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais (NEGREIROS, 2006, p. 5).

Sobre o tema, Luiz Edson Fachin (2012, p. 7-8) bem observa que, para tanto, o ponto de partida é mesmo a teoria da relação jurídica,

e nela a estrutura, os elementos, o conteúdo, o ônus e o dever jurídico. Reconhece-la a partir dos fatos e de uma dinâmica que não estejam no Direito que se quer bastante por si só. Suplantar na teoria geral dos sujeitos da relação jurídica o estatuto do privilégio, e ali alavancar a repersonalização, que encontra a raiz esquecida da pessoa natural, para além da personalidade como conceito. Assim, “passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social” (FACHIN, 2012, p. 15).

Nessa perspectiva moderna, o conceito de sujeito de direito evoluiu da qualidade de mero indivíduo, igualmente considerado em qualquer relação jurídica, para a de pessoa humana cujas características devem ser consideradas dentro de cada relação jurídica. Passam a ser consideradas as necessidades reais e concretas da pessoa humana, dentro de um contexto de solidariedade e de responsabilidade social. Tutelam-se os direitos da personalidade. Acerca da redução da pessoa ao indivíduo, que limita a compreensão de pessoa humana ao conceito de sujeito de direitos, vinculando sua essência tão somente à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, sustenta-se que:

Submergida a ideia de pessoa na de indivíduo (ao senso egoísta do termo) e não-visualizada a de personalidade pela preeminência do conceito técnico de capacidade, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ser pessoa com o ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização

existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do direito (COSTA, 2002, p. 411).

Essa mudança de paradigma implicou na substituição do centro valorativo do direito civil, afastando-se a concepção de indivíduo (sujeito abstrato) e adotando-se a de pessoa (sujeito concreto). Onde se aplicava, antes, exacerbadamente a liberdade individual, aplicam-se, a partir de então, os valores da pessoa humana, como a dignidade e os direitos da personalidade:

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais (é o caso, no âmbito do direito contratual, das normas de proteção ao consumidor, ao locatário, ao usuário do plano de saúde etc – as chamadas *person-oriented rules*). Neste sentido, enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem constitucional em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma e, deste modo, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito (NEGREIROS, 2006, p. 18).

É inegável a influência da constitucionalização do direito civil nesse contexto de modificação de paradigma clássico para moderno. Os

princípios da supremacia da constituição, da força normativa das normas constitucionais, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da interpretação das leis (Código Civil) conforme à Constituição Federal alteraram completamente a forma de orientar, disciplinar, interpretar e aplicar o direito civil. Acerca dessa relevante influência constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 185) aponta que:

O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir igualdade de todos perante a lei – igualdade representativa, à época, de significativo avanço social –, posição que era, no entanto incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas. Por seu turno, o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social.

Portanto, depreende-se que o homem, agora considerado sujeito concreto na relação jurídica, perpassa da esfera secundária à esfera principal, sendo visualizado como o centro do negócio jurídico, ao lado dos bens jurídicos patrimoniais que passam a exercer papel coadjuvante. A dignidade humana insurge nas relações negociais a fim de sobrepor o

sujeito de direitos acima de qualquer outra imposição normativa. Essa compreensão firma-se ainda mais quando se trata da contemporaneidade, conforme será melhor explorado a seguir.

3 O PARADIGMA PÓS-MODERNO (OU CONTEMPORÂNEO) DO NEGÓCIO JURÍDICO

3.1 A Revolta dos Fatos Contra os Códigos e a Garantia do Mínimo Existencial

Existem acontecimentos que, não obstante sua relevância social, carecem de normatividade jurídica, não se enquadrando na categoria dos fatos jurídicos. São fatos que provocam consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – não geram um direito subjetivo, isto é, são fatos desprovidos de normatização jurídica.

Diante da ausência de um direito subjetivo, também não se pode falar de sujeito de direitos, nem tampouco do conceito clássico de relação jurídica. Todavia, esses acontecimentos, fatos não normatizados, criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica. Esses fatos não geram direitos, mas sim interesses.

Se o interesse possuir conteúdo meramente econômico, tem-se um negócio jurídico patrimonial cuja análise ocorre por meio do paradigma moderno. Por outro lado, se esse interesse possuir conteúdo sem valor econômico, tem-se um caso de negócio jurídico existencial, ou uma situação jurídica existencial, que não se enquadra nos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, necessitando de uma nova

estrutura normativa, um paradigma contemporâneo, que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial ou autodeterminação.

Existem inúmeros acontecimentos de caráter não patrimonial que não se encontram normatizados pelo Código Civil ou pela legislação esparsa, mas que envolvem situações jurídicas existenciais e que demandam a tutela do direito, como, por exemplo: a eutanásia, a transfusão de sangue em pessoas que professam a religião denominada “testemunhas de Jeová”, o direito ao conhecimento da paternidade em caso de inseminação artificial heteróloga, etc. Essas situações não são suficiente e adequadamente tratadas pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico.

Essa lacuna legislativa deve-se em grande parte ao que Gaston Morin chamou de “revolta dos fatos contra o código”, em razão do crescente descompasso que se revelava entre o Código Civil de Napoleão e as necessidades sociais de uma realidade que se transformava em ritmo acelerado, provocando problemas que o texto codificado, engessado, não tinha condições de resolver. Esse problema foi ainda mais agravado pela realidade do Poder Judiciário francês que, na época, era conhecido como “*bouche de la loi*”, ou juiz boca da lei, em que se limitava a aplicar a dizer o direito por meio de uma interpretação literal da lei (gramatical), de cunho eminentemente positivista e desprovido de qualquer juízo valorativo principiológico.

Certamente, a interpretação gramatical é considerada uma das mais deficientes, deixando de considerar fatores e valores essenciais em uma sociedade dinâmica. O intérprete deve buscar uma forma de concretizar os valores contidos no Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode olvidar que o direito, como ordenamento jurídico, necessita

estar harmonizado com as necessidades e as realizadas sociais, sob pena de deixar de cumprir o seu papel social.

Interessantes exemplos podem ser extraídos do bem de família como caso de situação jurídica existencial, relacionado ao mínimo existencial patrimonial decorrente da Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson Fachin (direito de propriedade – artigo 5º, *caput*, c.c. artigo 6º, *caput*, ambos da Constituição Federal), que preceitua que as relações privadas e creditícias sejam adequadas à nova realidade do direito civil, de forma a não se sobrepor à dignidade do indivíduo (dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), como, por exemplo, preservando-se o bem de família e assegurando a moradia digna:

A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo. A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores (FACHIN, 2006, p. 1).

Feita esta breve introdução, pode-se acrescentar que, nos

dias atuais, em se tratando do regime democrático, priorizar o caráter patrimonial em detrimento do caráter pessoal do ser humano não atende aos ditames éticos, razão pela qual a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo é fundada, também, na tese de “despatrimonialização do Direito”, consistente em colocar a pessoa, o seu valor, no primeiro plano, afastando-se toda a prioridade que se concedia ao caráter extremamente patrimonialista das relações civis.

Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individualiza-se uma tendência normativo-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesmo, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não se pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou

integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’ existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e, portanto sobre a sua natureza (PERLINGIERI, 2002, p. 33).

Luiz Edson Fachin ainda fundamenta sua teoria diretamente na dignidade da pessoa humana, fazendo uma releitura do Direito Civil à luz do texto constitucional sem, contudo, esquecer-se do direito de propriedade:

A Constituição de 1988 trouxe princípios e valores rearticuladores do universo privado, agora centrado na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tendo em vista que os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às regras das legislações ordinárias e especiais vigentes, devem ser utilizados como princípios unificadores de todo o sistema jurídico, orientando a interpretação e aplicação das referidas regras constitucionais. A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo (FACHIN, 2006, p. 189-190).

Nessa senda, referido autor defende a tutela do patrimônio mínimo como garantia de proteção dos bens indispensáveis, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito

de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência (FACHIN, 2006, p. 232).

A jurisprudência tem refletido, na prática, toda essa construção valorativa principiológica acerca da proteção do bem de família, protegendo e tutelando de forma razoável e adequada os interesses decorrentes de situações jurídicas existenciais relacionadas à questão e não normatizadas pelo Código Civil e pela Lei do Bem de Família. Passa-se a analisar, por conseguinte, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

1.^a Situação: com fundamento na finalidade do bem de família (moradia, sustento) e no conteúdo axiológico da norma (conferir dignidade), o STJ não admitiu a penhora do único bem imóvel da família locado a terceiro, isto é, a família, titular de um único imóvel, locou este a terceiro para auferir renda suficiente para o seu sustento e o pagamento do aluguel, para sua moradia, de um imóvel de menor valor.

RECURSO ESPECIAL - Execução Fiscal - Penhora - Bens de família - Lei n. 8.009/90 - Único imóvel da família locado a terceiros - impenhorabilidade - precedentes.

Predomina nesta egrégia corte superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar

e, em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004). “Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99). Recurso especial improvido. (STJ, REsp 445.990/MG, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 11/04/2005, p. 225).

2.^a Situação: com fundamento na finalidade do bem de família (moradia) e no conteúdo axiológico da norma (conferir dignidade), o STJ não admitiu a penhora do único bem imóvel do devedor solteiro, com o correto entendimento de que não faz sentido proteger quem vive em um seio familiar e desproteger o indivíduo que vive solitariamente.

PROCESSUAL - Execução - Impenhorabilidade - Imóvel - Residência - Devedor Solteiro E Solitário - Lei 8.009/90.

- A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos:

a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (STJ, EREsp 182223/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. P/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 06/02/2002, DJ 07/04/2003, p. 209).

3.^a Situação: talvez na situação mais interessante, do ponto de vista da sociedade moderna, com multiplicidade familiar, o STJ não admitiu a penhora do segundo bem imóvel do devedor no caso em que este, titular de dois imóveis, residia em um imóvel com sua segunda esposa e filho, enquanto sua ex-esposa e filhos do primeiro casamento residiam no outro imóvel.

Resta claro que, para o STJ, adotando o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção do bem de família não se restringe a um único imóvel, podendo estender-se a um segundo imóvel para proteger, por exemplo, ex-esposa e filhos do primeiro casamento cuja coabitação com a atual família seria inexigível e desastrosa, protegendo-se a moradia e dignidade de todos, ampliando o conceito de entidade familiar.

RECURSO ESPECIAL. Direito civil. Execução. Embargos de terceiros. Penhora incidente sobre imóvel no qual residem filhas do executado. Bem de família. Conceito amplo de entidade familiar. Restabelecimento da sentença.

1. “A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia” (EREsp 182.223/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de

Barros, DJ 6/2/2002).

2. A impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas o sentido amplo de entidade familiar. Assim, no caso de separação dos membros da família, como na hipótese em comento, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge em duplicidade: uma composta pelos cônjuges e outra composta pelas filhas de um dos cônjuges.

Precedentes.

3. A finalidade da Lei nº 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas, sim, reitera-se, a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo.

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (STJ, REsp 1126173/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013).

Em outra situação, distinta, o STJ negou a proteção do bem de família ao segundo imóvel do devedor no qual se encontrava residindo um de seus filhos para finalidade de estudos. Não se tratava de multiplicidade familiar.

AGRAVO Regimental no Agravo em Recurso Especial. Execução. Devedores proprietários de dois imóveis. Hipótese de um dos imóveis destinar a moradia do filho. Pretensão ao reconhecimento da qualidade de bem de família. Impossibilidade. Improvimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário.

2. Esse entendimento, porém, não se estende à

hipótese de mera separação de fato de um dos membros da família, do ponto de vista jurídico, denota a existência de uma família e dois imóveis por ela utilizados como residência e proteger ambos com a impenhorabilidade disposta na Lei n. 8.009/1990 significaria ampliar demasiadamente o âmbito da lei, o que apresenta um risco adicional a facilitar a prática de fraudes. Além disso, a abertura dessa possibilidade de alargamento da impenhorabilidade significaria abertura de oportunidade de criação de incidentes processuais que levariam a mais uma hipótese de eternização do processo de execução. Precedente: REsp 518.711/RO, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator(a) p/ Acórdão Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 05/09/2008.

3. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 301.580/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 18/06/2013)

Desse modo, vislumbra-se o maior enfoque dado à proteção de bens considerados essenciais à própria existencialidade mínima humana – a exemplo, o bem de família – configurando uma exceção à patrimonialidade presente nas relações negociais em desfavor do credor, para satisfazer as necessidades do devedor quanto à sua própria sobrevivência.

3.2 Crítica à Teoria da Subsunção e a Necessidade de Flexibilização – A Situação Jurídica Contemporânea

No contexto contemporâneo, analisar os contornos e os efeitos das situações jurídicas² adquire ainda mais relevo quando se direciona

² De acordo com a análise de Emílio Betti (1969, p. 15-21), situações jurídicas são aquelas que se produzem a par de uma causalidade jurídica, produto de uma valoração jurídica feita pelo homem na medida em

o estudo às situações jurídicas existenciais, o que exige, também, uma prévia digressão do que deve ser entendido por direitos da personalidade. Ao conceituar personalidade jurídica, expõe-se que

[...] trata-se de um atributo, concedido aos indivíduos pelo próprio ordenamento jurídico, segundo exigências e condicionantes de igual modo pelo ordenamento determinadas, que permitem ao sujeito de direito contrair obrigações e ser compelido a cumprir determinados deveres, sobretudo, na Modernidade, naqueles decorrentes de um negócio jurídico (PONA, 2015, p.182).

Gustavo Tepedino (2004, p. 27), ensina que a personalidade é o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada com objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. E prossegue, afirmando que “A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis erga homens” (TEPEDINO, 2004, p. 27).

Pietro Perlingieri (2002, p. 156), por sua vez, ressalta que a personalidade não é um direito, mas sim um valor e está inserido em uma série aberta de situações existenciais, que incessantemente exigem tutela adequada.

Tecidas tais considerações, se faz necessário, para a compreensão do objeto deste estudo, pontuar as críticas da doutrina no que se refere à concepção de direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos.

Destaca-se, portanto, já de antemão, que as situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem

que reage sobre a realidade social. Ou seja, constituem respostas que a ordem jurídica dá às diferentes situações de fato, que são configuradas à medida que sobrevêm os fatos jurídicos.

fazer perder de vista a unidade do valor envolvido (PERLINGIERI, 2002, p. 156), sendo que, ainda, a distinção entre subjetividade e personalidade colabora para a demonstração de situações nas quais a noção de direito subjetivo é insuficiente para a tutela da pessoa (PONA, 2015, p. 187).

Não seria possível, assim, afirmar que a personalidade jurídica consiste em um direito subjetivo. Isso porque, como bem assinala a doutrina, a noção de direito subjetivo implica, necessariamente, em um dever jurídico correspondente atribuído ao outro sujeito da relação jurídica, de modo que este raciocínio - no sentido de que a personalidade se trata de direito subjetivo - só se sustentaria se admitir-se que o dever vinculado ao direito subjetivo da personalidade pertenceria à coletividade, indistintamente (PONA, 2015, p. 187-188).

Para Luiz Edson Fachin (2012, p. 141), o direito subjetivo seria apenas impróprio ou uma potestatividade, tendo em vista que não seria possível identificar o responsável pela observância do dever correspondente, a partir da ideia do que se compreende por relação jurídica. Relação jurídica que, aliás, neste caso, somente se concretiza posteriormente à violação do suposto direito subjetivo, o que a torna incompleta desde o início (PONA, 2015, p. 188).

E é neste contexto, superando o conceito insuficiente de direitos subjetivos, e orbitando no conceito de interesses, é que se vislumbram as situações jurídicas existenciais – que se contrapõem às patrimoniais – e:

[...] expressam nada menos do que as dimensões da personalidade humana. A socialização impõe-se justamente para evitar-se um olhar obnubilado por interesses que obstruem, na realização de, por exemplo, uma atividade econômica, a plena construção

livre da personalidade. O condicionamento do exercício de determinadas situações jurídicas subjetivas à observância da função social visa, justamente, à proteção da pessoa (PONA, 2015, p. 191).

Neste sentido, a tutela dos direitos da personalidade passa a ser exercida através dos centros de interesse, sendo que, para Pietro Perlingieri (2002, p. 114), “Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre dois sujeitos”.

Tem-se, portanto, que as situações jurídicas, quando não relativas a interesses vinculados diretamente ao patrimônio, dizem-se situações jurídicas subjetivas existenciais, na tradição denominada direitos da personalidade. E personalidade aqui não deve ser mais compreendida como atributo jurídico, ficção da ciência do direito para inserir o indivíduo no universo do trânsito jurídico e das titularidades, mas atributo intrínseco de um ser concreto. Permite-se, desse modo, por meio da compreensão da importância da autonomia privada para o sujeito, a efetiva tutela da pessoa (PONA, 2015, p. 195).

E por assim ser, sob a ótica das situações jurídicas existenciais, não se revela possível que os litígios sejam solucionados meramente mediante a aplicação da teoria da subsunção do fato à norma, especialmente porque muitas vezes as situações não estarão previstas no ordenamento e, por consequência, não contarão com proteção legal correspondente.

Sobre a teoria da subsunção, aliás, Robert Alexy (2001), ao introduzir sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, afirma que

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”, tendo em vista que nem toda decisão jurídica é uma questão de mera subsunção do caso particular a uma norma geral³.

Neste sentido, analisando especificamente a tutela de situações jurídicas existenciais sem previsão específica, Pietro Perlingieri (2002, p. 156) assinala que:

O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.).

E prossegue, criticando a ausência de tutelabilidade de determinadas garantias inerentes a aspectos da existência humana sob o argumento de que não há, no sistema vigente, aparato processual adequado:

Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individualizar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é

3 Para o autor, inclusive, “Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda das regras de metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode escolher entre várias soluções” (ALEXY, 2001, p. 17-19).

legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses rimários, constitucionalmente relevantes. Desconhecer a tutelabilidade dos interesses juridicamente relevantes, em presença do art. 24 Const. que prevê o direito de agir em sua defesa, significaria sustentar a existência de uma contradição no sistema. Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso. É preciso evitar generalizações. [...] (PERLINGIERI, 2002, p. 156-157).

Assim, as situações jurídicas contemporâneas, e, mais especificamente, as situações jurídicas existenciais, embora nem sempre contem com previsão e proteção normativa expressa, merecem a tutela adequada pelo Poder Judiciário, na medida em que estão diretamente relacionadas com direitos da personalidade, que não raro estão vinculados a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

CONCLUSÕES

Na vigência do Estado Liberal predominou o chamado princípio da autonomia da vontade, decorrente dos ideais pós-revolucionários franceses e através do qual se pretendia excluir os contratos do âmbito da intervenção estatal. O contrato, perante o paradigma clássico, era instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade deveria reinar ampla e livremente, onde o lucro inibia o sujeito e suas necessidades.

A superação do paradigma clássico pelo paradigma moderno

consubstanciou verdadeiro progresso na regulamentação das relações jurídicas privadas por meio de normas cogentes e imperativas, protegendo-se valores fundamentais e sociais como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, a boa-fé objetiva etc, substituindo-se o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada.

A nova ótica adotada em face da ideia de sujeito de direito também constituiu importante inovação ao passo que o conceito de sujeito de direito evoluiu da qualidade de mero indivíduo – abstratamente considerado – para a de pessoa humana – concretamente considerada – cujas características particulares devem ser ponderadas dentro de cada relação jurídica.

O paradigma contemporâneo ou pós-moderno de negócio jurídico demonstra que existem fatos, desprovidos de normatização jurídica, mas de importância existencial que esvaziam do conceito de direito objetivo, direito subjetivo, sujeito de direitos e de relação jurídica clássica patrimonial. Esses acontecimentos criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica. Todavia, esses interesses não são adequados à proteção conferida pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, uma vez que se evidencia a necessidade de um paradigma que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial ou liberdade existencial.

Assim, com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, surgiram novos anseios personalíssimos a serem resguardados. Em decorrência disso, o negócio jurídico clássico e moderno, formado por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos respaldados na ordem legal, demonstrou-se

insuficiente para satisfazer as novas demandas, notadamente as de cunho existencial, pelas quais o indivíduo, pautado em seu próprio centro de interesses e em sua capacidade de autodeterminação, exerce o direito à sua existência como bem entender.

Esses acontecimentos, fatos não normatizados, criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica, principalmente em se tratando de situações jurídicas existenciais, característica da contemporaneidade. Esses fatos não geram direitos, mas interesses não protegidos pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, razão pela qual há a necessidade de estudo e construção jurídica de um novo paradigma contemporâneo de negócio jurídico, que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e

tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Judith Martins. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GODOY, Claudio Luíz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 3. ed. São Paulo: Forense. 1971.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Direito, Estado e Sociedade,** Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

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

PEREIRA, Caio Mauro da Silva. **Instituições de direito civil:**

contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Como citar: AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/03/2017

Aprovado em: 18/05/2017

RESENHA / REVIEW

HIRSCHMAN, Albert O. **As Paixões e Os Interesses - Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução: Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002.

OS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DA HISTÓRIA DO CAPITALISMO: UMA ANÁLISE DAS PAIXÕES E DOS INTERESSES
THE IDEOLOGICAL FOUNDATIONS OF THE HISTORY OF CAPITALISM: AN ANALYSIS OF PASSIONS AND INTERESTS

Déborah De Meira Málaque¹

Como citar: MÁLAQUE, Déborah de Meira. Os fundamentos ideológicos da história do capitalismo: uma análise das paixões e dos interesses. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 298-302, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p298. ISSN: 2178-8189.

Em um de seus livros mais intrigantes, o economista alemão Albert O. Hirschman compôs em 1977, sua obra “As Paixões e Os Interesses - Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo”.

A referida obra foi dividida em três partes: 1) como os interesses foram invocados para neutralizar as paixões; 2) como a expansão econômica deveria melhorar a ordem política; 3) reflexões sobre um episódio da história intelectual.

O autor descreve que não adotou ou mesmo se opôs a qualquer

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Bolsista Capes. Advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: deborahdemeira@gmail.com

conjunto ideológico existente, sendo o trabalho desenvolvido de forma independente e livre (HIRSCHMAN, 2002, p. 19).

O ensaio aborda relações entre economia e política, e como este último foi subordinado ao primeiro ante a busca incessante das paixões individuais dos homens. Demonstra como o capitalismo se tornou uma ideologia dominante com o despertar e o realce de tendências benignas dos homens em razão de outras malignas.

Neste cenário, o autor traz na primeira parte de sua obra, uma perspectiva histórica especialmente a partir do declínio do ideal do herói medieval nos séculos XVI e XVII, para ascensão do capitalismo e sua “ética”. Viu-se uma mudança de paradigma na análise científica das relações políticas que se iniciou com Nicolau Maquiavel ao buscar orientar o príncipe na conquista, manutenção e expansão do poder.

Através de uma visão realista passou-se a examinar a natureza humana e não somente a natureza do Estado, observando-se que esta primeira, inserida em impulsos naturais, apresenta imensa utilidade nas atividades econômicas por uma combinação de circunstâncias. Desta forma, a solução para as paixões individuais estaria mais em “aproveitar as paixões, em vez de simplesmente reprimi-las” (HIRSCHMAN, 2002, p. 38).

Quanto ao termo “interesse”, o economista relata que inicialmente, seu significado não estava atrelado ao aspecto de bem-estar material, mas envolvia a totalidade das aspirações humanas, com reflexões sobre a maneira pela qual tais aspirações deveriam ser almeçadas (HIRSCHMAN, 2002, p. 54). Somente no fim do século XVI, a Europa Ocidental atrelou o sentido de “interesse” ao aspecto de preocupações, aspirações e benefícios (HIRSCHMAN, 2002, p. 54).

A partir daí, a acepção do termo foi intrinsecamente relacionada

à procura de vantagens econômicas e materiais, possivelmente em virtude da associação da expressão “*interest*”, no sentido de juros sobre dinheiro emprestado. Veja-se desta forma, a identidade entre a natureza do capitalismo e os cálculos aritméticos nessa definição de interesse.

Os interesses passaram a ser vistos com mais fascinação e analisados para compreensão das ações humanas, além de serem compreendidos como “paixão do amor-próprio melhorada e contida pela razão, e como razão que recebe orientação e força daquela paixão” (HIRSCHMAN, 2002, p. 64-65).

Na parte dois de seu trabalho, o autor traça uma relação entre a expansão econômica e a ordem política, examinando como a tutela dos interesses buscava, além de garantir a ordem social, refinar as instituições políticas. Os textos de Montesquieu, John Stuart Mill e John Millar fornecem aparatos para as discussões sobre as paixões, suas atuações no poder e a necessidade de refreá-las. O interesse poderia proporcionar estratégias para acalmar as paixões e direcioná-las para manutenção e ampliação do próprio poder.

Albert O. Hirschman relata a valorização do comércio e sua expansão nos textos de Montesquieu. Para tanto, descreve “uma generalização verdadeiramente magnífica construída sobre a expectativa de que os interesses (...) inibiriam as paixões e as ações ‘más’ induzidas pelas paixões dos poderosos” (HIRSCHMAN, 2002, p. 95).

Mais adiante, aborda os pensamentos de Adam Smith e sua descrição do impulso da vantagem econômica como um veículo para o desejo pela consideração por parte de outros e sobre os impulsos não econômicos feitos somente para alimentar os econômicos, ou seja, como meros reforços para estes últimos (HIRSCHMAN, 2002, p. 129). As paixões e os interesses passaram a ser vistos como sinônimos para

Adam Smith, e implantou-se a ideia que “o bem-estar material de ‘toda a sociedade’ é favorecido quando todos podem seguir o seu próprio interesse particular” (HIRSCHMAN, 2002, p. 131).

Em fim, na parte três de sua obra, Albert O. Hirschman traz reflexões sobre os posicionamentos intelectuais abordados e menciona o aspecto injusto da principal crítica ao capitalismo quando este é encarado como inibidor da “personalidade humana completa” (HIRSCHMAN, 2002, p. 152). Sob a ótica de seu ensaio, o autor destaca que foi justamente para reprimir determinados impulsos humanos que o capitalismo fora elaborado. Entretanto, ao longo de sua trajetória, o capitalismo revelou exatamente o oposto daquilo que se almejava.

O autor lamenta por fim a existência de pensamentos como de Keynes que defendem vigorosamente o capitalismo com base em ideias antigas de “enriquecimento como um passatempo e um escape inocente para as energias dos homens”

Destarte, com o triunfo do capitalismo, as paixões e os interesses conduziram a um mundo egoísta e alienado de valores coletivos, conclamando um debate mais profundo e com argumentos mais sólidos a partir do histórico narrado.

Como citar: MÁLAQUE, Déborah de Meira. Os fundamentos ideológicos da história do capitalismo: uma análise das paixões e dos interesses. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 298-302, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p298. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/07/2017

Aprovado em: 26/07/2017

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): deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão 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.

2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.

2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

• **O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por volume. Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e conseqüentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.**

2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores, em razão do grau de exogenia.

2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.

2.1.5. A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1- Relações negociais no Direito Privado; 2- Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3- Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

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 distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, 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 “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos**: como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

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** de seu artigo em sites especializados na área do Direito (ex: www.jusbrasil.com.br; www.

academia.edu; emporiododireito.com.br; www.ambito-juridico.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.