

I ENCONTRO DE
INTERNACIONALIZAÇÃO DO
CONPEDI | BARCELONA - ESPANHA

ORGANIZADORES

PROF. DR. JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

PROFA. DRA. MONICA NAVARRO MICHEL

DIREITO MERCANTIL
DIREITO CIVIL
DIREITO DO CONSUMIDOR
NOVAS TECNOLOGIAS

VOLUME

07

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Produção Editorial: *Equipe Conpedi*

Diagramação: *Marcos Jundurian*

Capa: *Elisa Medeiros e Marcos Jundurian*

Impressão:

Nova Letra Gráfica e Editora Ltda.

CNPJ. nº 83.061.234/0001-76

Editora:

Ediciones Laborum, S.L – CIF B – 30585343

Deposito legal de la colección: MU 859-2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56p Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Barcelona, ES)

I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / organizadores: João Marcelo de Lima Assafim, Monica Navarro Michel. – Barcelona : Ediciones Laborum, 2015.
V. 7

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-86-5

Depósito legal : MU 859-2015

Tema: Atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos. 2. Direito mercantil. 3. Direito civil 4. Direito do consumidor. 5. Novas tecnologias
I. Assafim, João Marcelo de Lima. II. Michel, Monica Navarro. III. Título.

CDU: 34

Catalogação na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

1º Impressão – 2015



EDICIONES LABORUM, S. L.

CIF B-30585343

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - 3º -21- Edif. Centrofama

Teléfono 968 88 21 81 – Fax 968 88 70 40

e-mail: laborum@laborum.es

Diretoria - Conpedi

Presidente

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UFRN

Vice-presidente Sul

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo

Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente

Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

(Diretor de Informática)

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC

(Diretor de Relações com a Graduação)

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs - UFU

(Diretor de Relações Internacionais)

Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

(Diretora de Apoio Institucional)

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

(Diretor de Educação Jurídica)

Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

(Diretoras de Eventos)

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

(Diretor de Apoio Interinstitucional)

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Rua Desembargador Vitor Lima, 260, sala 508

Cep.: 88040-400

Florianópolis – Santa Catarina - SC

www.conpedi.org.br

Apresentação

Este livro condensa os artigos aprovados, apresentados e debatidos no Iº ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, realizado entre os dias 08, 09 e 10 de outubro de 2014, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona – Espanha. O evento teve como tema os *“Actores del Desarrollo económico, político y social frente al Derecho del siglo XXI”*. Para o evento foram submetidos e avaliados mais de quinhentos artigos de pesquisadores do Brasil e da Europa. Após as avaliações foram aprovados em torno de trezentos artigos para apresentação e publicação.

O principal objetivo do evento foi o de dar início ao processo de internacionalização e fundamentalmente, o de construir espaços para a inserção internacional e divulgação de pesquisas realizadas pelos Pesquisadores dos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil, associados ao CONPEDI. A realização deste primeiro evento procurou estimular o debate e o diálogo sobre questões atuais do Direito envolvendo a realidade brasileira e espanhola.

Os artigos apresentados analisaram o papel dos *“Actores del Desarrollo económico, político y social frente al Derecho del siglo XXI”* praticamente em todas as áreas do Direito. Considerando a amplitude do tema, as diversas abordagens e buscando uma aproximação entre as áreas de conhecimento optou-se pela organização de seis grupos de trabalhos (GTs), que foram constituídos da seguinte forma: a) *Derecho Constitucional, Derechos Humanos e Derecho Internacional*; b) *Derecho Mercantil, Derecho Civil, Derecho do Consumidor e Nuevas Tecnologías*; c) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; d) *Derecho Administrativo, Derecho Tributario e Derecho Ambiental*; e) *Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho*; f) *Derecho Penal, Criminología e Seguridad Pública*.

Além da promoção do intercâmbio entre as Instituições e profissionais da área do Direito do Brasil e Europa, a possibilidade de ampliar e difundir a produção científica no âmbito internacional e a melhoria dos indicadores dos Programas de Pós-graduação brasileiros, com a realização do primeiro evento internacional

a atual Diretoria do CONPEDI também cumpre com um de seus compromissos assumidos quando eleitos. A transcendência da realização deste primeiro evento internacional para os pesquisadores brasileiros da área do Direito se reflete no resultado final obtido. A publicação de 15 livros, através da Ediciones Laborum da Espanha em parceria com o CONPEDI, com todos os artigos apresentados e debatidos nos GTs representa uma expressiva conquista que trará importantes resultados para os programas de Pós-graduação brasileiros e, fundamentalmente, para a área do Direito.

Barcelona/Florianópolis, março de 2015.

Os Organizadores

Sumário

A Crise dos Subprimes de 2008 e a Política Econômica Adotada pelo Banco Central do Brasil <i>Sônia Barroso Brandão Soares</i>	9
A Judicialização do Antitruste no Brasil: Estudo Sobre a Efetivação da Advocacia da Concorrência <i>Mônica Mota Tassigny e Leonardo José Peixoto Leal</i>	45
A Privacidade e a Construção do Conceito da Ciberdemocracia na Demanda de um Novo Paradigma para a Governança Através da ‘Rede’ <i>Augusto Eduardo Miranda Pinto</i>	83
A Vulnerabilidade Psíquica e o Superendividamento do Consumidor <i>Diógenes Faria de Carvalho e Nivaldo dos Santos</i>	111
Autodeterminação no Direito Comparado e Situações Subjetivas Existenciais: Uma Tentativa de Identificação de seus Limites a Partir do Exame da Possibilidade de Adoção por Pessoas com Deficiência <i>Eduardo Rocha Dias</i>	139
Autoridade Parental e Privacidade do Filho Menor: O Desafio de Cuidar para Emancipar <i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	163
Biossegurança Alimentar na Sociedade Global de Risco: Necessária Sincronia Entre o Princípio da Precaução e o Dever de Informar <i>Keila Pacheco Ferreira</i>	197
Catividade Marcária como Fundamento da Responsabilidade Civil do Fornecedor por Fato do Serviço <i>Fernando Antônio de Vasconcelos e André Luiz Cavalcanti Cabral</i>	229
Cheque-Mate: Análise Econômica dos Títulos de Crédito <i>Cássio Cavalli</i>	261
VOLUME 07	7

Considerações Sobre os Efeitos Jurídico-Econômicos do Contrato In-completo

Ivan Guimarães Pompeu e Renata Guimarães Pompeu 281

A CRISE DOS SUBPRIMES DE 2008 E A POLÍTICA ECONÔMICA ADOTADA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Sônia Barroso Brandão Soares¹

Resumo

O presente artigo tem o escopo de analisar como se deu a atuação, tanto nos países desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, quanto no Brasil, no tocante às políticas de resgate financeiro à empresas privadas em situação de dificuldade financeira, especialmente o PROER, durante a chamada crise do *subprime*, eclodida em meados de 2008, bem como fazer um estudo quanto à legitimidade desta atuação de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base a Ordem Econômica conforme disciplinada pela Constituição de 1988.

Palavras-chave

Crise; *subprime*; financeiro; PROER; ordem econômica.

Abstract

This paper has the purpose to examine how the economic policies, both on the developed countries, mainly on United States and Europe, and in Brazil, dealing with the monetary rescue to private institutions in financial difficulties was developed during the period of the so-called subprime financial crisis, broke out in 2008, as well as to make an assessment about the legitimacy of this intervention according to the Brazilian legal system, based on the Economic Order as regulated by the Constitution of 1988.

¹ Doutora em Direito. Prof. Adjunta do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé – UFF - Macaé. Membro da American Economics Association. Avaliadora da CAPES e CNPq. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito do Petróleo e Gestão Sustentável de Recursos em Macaé. O artigo foi escrito com colaboração do Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé – ICM-UFF, Stephan Bartholo, membro do Grupo de Pesquisa *Economia Solidária e Nova Economia Institucional: pontos e contrapontos*.

Key words

Financial; Crisis; Subprime; Rescue; Economic Order.

1. INTRODUÇÃO: A ORIGEM DA CRISE DOS *SUBPRIMES* EM 2008

A origem da crise financeira iniciada em 2008 reflete a globalização do sistema econômico-financeiro. Como a rede de conexões é muito interligada, muitas vezes as decisões tomadas por um agente, uma instituição financeira ou o governo, por exemplo, como solução para determinado problema a curto prazo gera um efeito em cadeia que agrava a situação em um período maior, e a quebra de uma instituição financeira pode levar à derrocada milhares e milhares de outros agentes que direta ou indiretamente eram ligadas a ela, colocando em risco todo o sistema financeiro internacional.

Até o fim da década de 1990, o mercado de hipotecas americano era composto primordialmente por contratos de alienação fiduciária, e destinado apenas a um seletivo grupo. Nesse período, no entanto, o governo americano elegeu o mercado imobiliário para uma política de fomento à economia, e, para incentivar seu crescimento, incentivou a disponibilização de financiamentos para pessoas com menor renda. Isso deu origem a um novo setor do mercado, o chamado *subprime*. Como geravam maior risco de inadimplência, os bancos, além de terem o imóvel financiado como garantia, passaram também a segurar os contratos *subprime*, conseguindo que eles obtivessem altas notas de confiabilidade junto às agências de risco (SILVA. 2010: 98-99).

Além disso, as pequenas instituições financeiras que atuavam junto ao público realizando os contratos passaram a agrupá-los em pacotes juntamente com outros tipos de empréstimos e refinar esses pacotes com instituições maiores. Assim obtinham mais recursos para contratar mais financiamentos.

Considerando que os mutuários do mesmo pacote não iriam inadimplir todos ao mesmo tempo, o negócio era considerado viável e, com o mercado em expansão, as grandes instituições financeiras passaram a pressionar as menores para contratarem cada vez mais empréstimos *subprime*. Como o governo havia acabado de decidir incentivar esse tipo de crédito, o mercado era desregulado,

e cada vez mais os bancos reduziam os requisitos do tomador para liberarem o crédito (SILVA, 2010:100-103).

Ocorre que, com o surgimento da modalidade de crédito subprime, os preços dos imóveis tiveram forte alta, devido ao aumento da demanda, já que grande parcela da população passou a ter condições de adquiri-los. Nesse contexto de valorização é que cada vez mais se expandiam os empréstimos *subprime*.

Em meados da década de 2000, no entanto, a taxa de juros nos EUA foi elevada para conter um rumor inflacionário que rondava o mercado, a euforia daqueles que finalmente tinham condições de entrar no mercado imobiliário passou, a procura diminuiu e os preços dos imóveis caíram, estimulando a inadimplência dos contratos de empréstimo (SILVA, 2010:103).

Além disso, houve alta dos juros em 2004, estimulando mais ainda a inadimplência dos contratos de mútuo. Os mutuários tiveram a possibilidade de quitar suas dívidas hipotecárias apenas entregando o imóvel, num mecanismo que ficou conhecido como *walk away* (BORÇA JÚNIOR; TORRES FILHO. 2008:148). Os bancos recebiam os imóveis com valor depreciado, o que aumentava ainda mais seu prejuízo. Com a devolução dos imóveis aos bancos, aumentava sua oferta no mercado e eles se desvalorizavam, o que levou a fortes perdas do setor bancário.

Os bancos, diante do prejuízo, passaram a buscar ter mais liquidez, confirmando a doutrina de John Maynard Keynes (1996:197-208), e então passaram a restringir a oferta de crédito, não apenas para o consumo, mas também para o setor produtivo. O que gerou um efeito dominó, causando menos emprego dos meios produtivos, retração na economia, diminuição da renda e, conseqüentemente, mais inadimplência e prejuízos para o setor bancário.

Acreditava-se que o problema era setorial, até que as quebras do *Lehman Brothers* e da AIG, em setembro de 2008, deixaram claro que a crise era sistêmica, afetando a economia como um todo e colocando em cheque todo o sistema financeiro instituído, afetando ainda todo o setor produtivo, constituindo a maior recessão desde a grande depressão de 1929 (SILVA. 2010:110).

O presente artigo tem por objetivo analisar o processo de intervenção do Estado no domínio econômico na hipótese da crise dos *subprimes*, estabelecendo

uma comparação entre os efeitos da crise nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil e como os governos de então desses dois países procederam para contornar o problema, ora atuando diretamente por políticas públicas, ora atuando pelas mãos dos seus Bancos Centrais. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial fruto do trabalho desenvolvido junto a grupo de pesquisa institucional voltado para os desdobramentos da teoria dos custos de transação e a intervenção do Estado no domínio econômico.

2. INTERVENÇÃO ESTATAL EM PERÍODOS DE CRISE E AS DOCTRINAS QUE A JUSTIFICAM

Segundo KEYNES, quando há grande incerteza quanto a qual será o comportamento do mercado, os *players* tentam direcionar seus ativos para a forma mais líquida possível, recusando liberar recursos, para se resguardar diante de possíveis perdas e aguardar oportunidades de ganho no futuro. (1996:197-208). E foi exatamente o que fizeram as instituições financeiras à medida que o sistema financeiro ia ruindo.

No entanto, essa restrição do crédito acabou estagnando os investimentos, e, a médio prazo, aumentando ainda mais os prejuízos, fazendo com que o governo dos Estados Unidos tivesse que intervir no cenário.

A atuação dos governos norte-americanos (e também dos Europeus) bebeu da fonte Keynesiana, mas não a ponto de poder ser chamada de “Novo” *New Deal*. Claramente os governos adotaram a política fiscal expansiva apregoada por Keynes, mas não houve um plano de investimentos públicos. De fato, houve uma iniciativa deliberada no sentido de gerar déficits públicos para aumentar o investimento, pois que, apesar da maior parte dos recursos terem sido destinados à injeção de liquidez em bancos, houve um movimento de baixa dos impostos tanto para consumo quanto para investimento de pequenas empresas (ALVERGA, 2010: 1).

Prosseguindo o estudo teórico, observa-se que na referida crise levou-se adiante a teoria de Keynes utilizando-se de conceitos justificadores da escola pós-Keynesiana, surgida em meados do século XX, que aborda os ciclos econômicas. Para tais teóricos, a ocorrência de “bolhas” nos preços dos ativos financeiros é um fenômeno natural do sistema capitalista e decorre justamente do comportamento

em momentos de estabilidade, não havendo uma fórmula ou caminho específico para que políticas econômicas consigam manter a estabilidade do mercado. O máximo que se poderia dizer é que adequadas seriam as políticas que estão em constante adaptação à dinâmica do mercado, mas se isso fosse fácil de antever, provavelmente não se teria deixado a crise de 2008 espalhar tantos prejuízos como o fez, mas é certo que a prerrogativa dos bancos centrais de atuarem como emprestadores de última instância (“*Big Central Banks*”) foi fundamental para mitigar a intensidade e duração dos efeitos das instabilidades e crises (MINSKY, 1986: 34)

Já quanto aos neoliberais da escola de Chicago, apesar de eles não terem se concentrado em desenvolver doutrinas específicas sobre o comportamento dos governos em momentos de recessão (já que alguns deles chegaram a negar que pudessem ser criadas as bolhas), poder-se-ia dizer que a atuação dos governantes foi mais condizente com essa doutrina econômica, de teor monetarista.

Os trilhões de dólares de recursos foram aplicados basicamente para não deixar ruir o sistema financeiro. A atuação do governo assemelhou-se à que já costuma ser tomada, de tendência neoliberal, com forte atuação em políticas voltadas ao setor financeiro, como controle dos juros, da inflação, deixando que houvesse uma certa autonomia do mercado para se recuperar no campo produtivo.

Outra vertente do Neoliberalismo, mais radical, o Libertarianismo, defendida principalmente por teóricos da Escola Austríaca, como Ludwig Von Mises e Murray N. Rothbard, apregoa uma liberdade quase total, que beira à inexistência do Estado, pelo menos no campo econômico. Esta escola tem uma teorização própria sobre os denominados Ciclos Econômicos, admitindo que é processo natural do sistema capitalista a ocorrência de períodos de prosperidade seguidos de períodos de recessão (ROTHBARD. 2000:3-36), e especificamente em relação à atuação dos governantes nesse período, a fórmula por eles doutrinada é, conforme Rothbard “*If government wishes to see a depression ended as quickly as possible, and the economy returned to normal prosperity, what course should it adopt? The first and clearest injunction is: don't interfere with the market's adjustment process*”².

2 Se o governo deseja ver uma depressão terminada o mais rápido possível, com a economia retornando à prosperidade normal, qual caminho ele deve tomar? A primeira e mais esclarecida providência é: não interferir no processo de ajustamento do mercado (tradução livre da autora)

Apesar de improvável de ser aplicada no atual cenário político mundial, essa é uma doutrina que pode levar a uma reflexão: é claro que seria mais traumático não tomar nenhuma atitude para mitigar tais efeitos, mas será que esta postura, de deixar o mercado se recompor, não acabaria trazendo uma renovação no sistema instituído, tornando-o diferente, mais forte, talvez menos suscetível a novas bolhas e distúrbios inflacionários?

Com o alastramento da crise, o governo norte-americano, que já amargava duras críticas por não ter regulado satisfatoriamente o mercado *subprime* e de não ter atuado para impedir a falência do *Lehman*, teve que começar a atuar. Começou então a colocar em prática o que veio a se tornar um imenso pacote de auxílio ao sistema financeiro, que incluiu a gigantesca injeção de US\$ 850 bilhões de dólares para a aquisição de ativos de altíssimo risco, considerados “podres”, visando aumentar a liquidez das instituições financeiras. Deste montante, 250 bilhões de dólares foram destinados pelo plano aprovado no legislativo para a aquisição de ações de bancos com dificuldades financeiras³.

Após árduos processos no legislativo e também no judiciário, o governo americano procedeu à nacionalização de parte da seguradora AIG⁴ e da maior montadora de automóveis do mundo, a General Motors⁵, que juntamente com a Chrysler recebeu um aporte de US\$ 14 bilhões de dólares para seu plano de recuperação, além da adoção do plano de resgate ao Citigroup, detentor do banco Citibank, que sofreu o maior prejuízo direto com a crise, envolvendo US\$ 306 bilhões em empréstimos e US\$ 20 bilhões em investimento⁶.

Já na Europa a crise teve contornos um pouco diferentes, pois que os governos nacionais agiram rapidamente para resgatar as instituições financeiras privadas, liberando saques dos depósitos compulsórios para aumentar a liquidez

3 FOLHA ONLINE (São Paulo). **EUA devem adquirir US\$ 250 bi em ações de instituições financeiras**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u455780.shtml>>, acesso em 28 out. 2013.

4 EFE (Washington). Ajuda à AIG aumenta críticas a pacote de resgate dos EUA. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u466187.shtml>>. Acesso em: 27 out. 2013.

5 EFE (Nova Iorque). **Justiça autoriza entrega de mais US\$ 15 bi para a GM**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u591118.shtml>>. Acesso em 27 out. 2013.

6 EFE. **Governo dos EUA sai em resgate do Citigroup com US\$ 20 bilhões**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u470862.shtml>>. Acesso em: 29 out. 2013.

e o resgate de títulos governamentais, transferindo assim as dívidas privadas decorrentes da bolha de crédito e acabaram em dívidas do tesouro público. Isso fez com que esse período ficasse conhecido como Crise da Dívida Pública da Zona do Euro. Para citar um exemplo, a Grécia chegou a um nível de endividamento de 120% de seu PIB nessa época.

Já seu processo de elaboração do plano de resgate não se deu sem momentos conturbados e de muita tensão e desconfiança, tendo em vista que os planos de liberação de recursos tinham que passar pela aprovação dos parlamentos nacionais de cada país da Zona do Euro, e os países que receberiam a ajuda tiveram que chegar a um consenso e aprovar no legislativo planos de reestruturação semelhantes aos que fazem empresas privadas nos processos de recuperação judicial.

Daí é que provém a adoção das medidas de austeridade exigidas pelos demais países como condição para a liberação de recursos e que tanto revoltam a maior parte da população, que por sua vez é privada de serviços públicos essenciais e de benefícios sociais.

Em maio de 2010, a União Europeia e o FMI chegaram a um acordo para a liberação de 750 bilhões de Euros num plano de recuperação dos países com problemas nas contas públicas, no intuito de que um possível calote deles não gerasse uma crise de confiança que alastraria um efeito de contração econômica aos demais países do bloco.

É de se notar, portanto, que os estímulos à recuperação do sistema financeiro comprometeram um gigantesco monte de recursos estatais, causando um abalo sísmico nas contas públicas. As questões que surgem disso tudo são: por que o dinheiro e os serviços públicos têm que ser sacrificados para salvar as instituições que por si só causaram tamanho dano à economia? E como tudo isso se deu no Brasil? Houve um programa de atuação semelhante aos desses países desenvolvidos?

3. ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS DE POLÍTICA FINANCEIRA NO BRASIL

3.1. O PROER

Se o Brasil colheu algo de bom durante o período histórico em que foi martirizado pela alta da inflação, foi o aprendizado de como manejar os instrumen-

tos de regulação do sistema financeiro. A criação e aplicação do PROER, logo após a consecução de certo controle sobre a inflação, atingiu o objetivo de desenvolver um sistema financeiro relativamente sólido, estável, o que por sua vez fez com que o país não sentisse demasiadamente os efeitos da crise financeira do *subprime* norte-americano.

PROER é a sigla que identifica o Programa de Estímulo a Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, implantado pela Medida Provisória nº 1.179 e pela Resolução nº 2.208, ambas datadas de 03 de novembro de 1995.

Nos anos anteriores a esse período, o cenário econômico brasileiro e de toda a América Latina foi marcado pela alta inflação. As taxas de inflação chegaram a níveis extremos, e passaram a ser fortemente combatidas pelos governos. No Brasil, conseguiu-se o tão esperado controle dos preços a partir da adoção do plano Real, em 1994. Mas essa redução abrupta da inflação trouxe consigo outro problema.

No longo período de altas inflacionárias, os bancos acostumaram-se a lucrar apenas especulando com títulos da dívida pública. Além de não cumprirem seu papel de fomentador do setor produtivo, com o controle da inflação, o nível de ineficiência a que chegaram pôs em risco toda a estrutura do Sistema Financeiro Nacional. De acordo com o Banco Central do Brasil (2013), “*o longo período de convivência com o processo inflacionário permitiu que ganhos proporcionados pelos passivos não remunerados, como os depósitos à vista e os recursos em trânsito, compensassem ineficiências administrativas e, até mesmo, concessões de crédito de liquidação duvidosa.*”⁷

Assim como ocorreu na crise de 2008, em que os efeitos somente passaram a ser sentidos e, conseqüentemente, os governos passaram a agir, após a quebra de um grande conglomerado financeiro, o Lehman Brothers, o PROER só foi levado à cabo no Brasil com a ameaça de quebra do Banco Econômico, que, assim como o Lehman, não foi o primeiro em entrar em colapso, visto que foi o 22º banco a entrar em liquidação desde a adoção do Plano Real em 1994.⁸

7 BANCEN. **Relatório anual 2010**. Obtido no endereço eletrônico: www.bacen.gov.br. Acesso em 12.05.2011.

8 Idem, *ibidem*.

A instituição do Programa deu ao Banco Central do Brasil poderes para remodelar o sistema financeiro do país, retirando as instituições em dificuldades e permitindo o funcionamento apenas das que tinham certo grau de liquidez. Segundo Cláudio Grandilone (2013:1), “*Funcionava assim: um banco iria quebrar, deixando alguns milhões de correntistas e empresas sem dinheiro. Para evitar isso, o Banco Central intervinha, injetava recursos suficientes para fazer as contas fecharem e promovia o casamento com alguma instituição financeira saudável.*”

O programa foi instrumentalizado pela edição da Medida Provisória 1.182 de 17/11/1995, que, além de outras medidas: aplicou a responsabilidade subsidiária aos controladores; agilizou o processo de desapropriação de ações de bancos em dificuldades financeiras pela União; estabeleceu que em caso de insolvência de instituição financeira, o BC poderá determinar sua capitalização, transferência de controle acionário, fusão, incorporação ou cisão; e autorizou o BC, em caso de intervenção, liquidação extrajudicial ou regime de administração especial temporária, a autorizar o interventor, liquidante ou conselho diretor a alienar bens e transferir direitos e obrigações a terceiros (BRASIL, 2013).

Além dessas inovações, o programa instituiu ainda o seguro para depósitos de até vinte mil reais, abrangendo 95% dos depositantes, com uma clara conotação social, no sentido de proteger a grande massa dos depositantes, contemplando justamente aqueles que possuem menos informações sobre a situação do setor financeiro (BRASIL, 2013).

De fato, o PROER fez fortalecer o Sistema Financeiro Nacional e talvez por isso mesmo é que durante a crise mundial de 2008 o Brasil não teve que tomar medidas mais drásticas de resgate ao setor financeiro e aqui não tenha se travado um maior debate em relação ao uso de dinheiro público em socorro ao sistema financeiro e às famigeradas medidas de austeridade que foram adotadas na Europa. Mas à época em que foi adotado, o Programa constituiu ponto polêmico, fonte de intensos debates no Congresso Nacional, sendo, inclusive, objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar responsabilidade civil e criminal por crimes contra os SFN que teriam ocorrido durante os processos de fusões e aquisições de instituições bancárias (FOLHA DE SÃO PAULO, 1999: 1).

Como dito anteriormente, é sempre polêmica a postura de utilizar-se do dinheiro público para socorrer instituições financeiras que visam tão somente o

lucro, e que muitas vezes, por meio do seu agir coletivo, são as próprias causadoras da crise em que afundam, como foi o caso dos bancos brasileiros quando da criação do Plano Real. Para ilustrar: estima-se que o Programa tenha emprestado R\$ 40 bilhões aos bancos por ele atendidos⁹, tais como Nacional, Econômico, Bamerindus, Mercantil, Banorte e Crefisul (O GLOBO, 2008). Segundo o último levantamento do Banco Central, a instituição recebeu de volta R\$ 15,3 bilhões, sendo que no segundo semestre de 2013 foi promovido um acordo em que o BC concedeu um generoso desconto de R\$ 12,8 bilhões em troca dos bancos que receberam a ajuda renunciarem às ações judiciais em que buscam a redução do débito (FERNANDES; FOUFRE, 2013: 1). Sem dúvida é uma aplicação questionável do erário público, que, passados dezoito anos da adoção do programa, ainda não pôde ser utilizado em benefício da população, sendo que com o acordo celebrado, os bancos terão ainda mais quinze anos para saldar a dívida.

Por outro lado, os defensores do programa ressaltam que também ele tem sua função social, na medida em que o colapso do sistema financeiro seria um choque muito grande para toda a economia do país, que certamente estagnaria, gerando uma situação difícil principalmente para a população mais desprovida de recursos. É de se imaginar o efeito negativo que ocorreria caso instituições financeiras viessem à falência e os cidadãos perdessem os valores que possuíam depositados, por exemplo. Neste sentido é que o presidente do Banco Central à época da adoção do PROER, Gustavo Loyola¹⁰, declarou, ainda no ano de 1995, *“Não estamos beneficiando o banqueiro A ou B a preocupação não é favorecer os bancos, mas preservar o sistema e a economia com um todo”*, e prosseguiu: *“desafio os críticos do programa de estímulo às fusões a darem um exemplo de país que tenha crescido com estabilidade, de forma sustentada, sem um sistema financeiro forte”*.

Não se pode negar, de fato, que o PROER cumpriu o objetivo de fortalecer o Sistema Financeiro Nacional, evitando que toda a economia brasileira e a

9 O valor final é questionado por diversos autores. Durante a CPI do Sistema Financeiro, ainda no ano de 1999, o Senador Jader Barbalho afirmou que o total do Programa atingia R\$ 43,36 bilhões (apud. FOLHA DE SÃO PAULO, 1999). Para Grandilone (2013), o montante alcança R\$ 45 bilhões em valores atuais.

10 BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório Anual 2010**. Obtido no endereço eletrônico: www.bacen.gov.br. Acesso em 12.05.2011.

população do país levassem um choque sem precedentes, que estagnaria por muito tempo a produção de riquezas. No intuito de conhecer os institutos jurídicos que legitimam esse tipo de atuação, desloca-se agora a atenção aos princípios da Ordem Econômica contidos na Constituição de 1988.

3.2. ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL DURANTE A CRISE DO *SUB-PRIME* (2008-2012) NO BRASIL

A condução da política econômica no Brasil vinha colhendo bons frutos até meados de 2008, gozando de uma boa estabilidade e taxa de crescimento econômico. Nessa época, enquanto a crise econômica já atingia fortemente os EUA e outros países desenvolvidos, o Brasil recebia o título de *investment grade*¹¹, atingindo previsões de crescimento superiores a 7 pontos percentuais anuais (SILVA, 2012: 50)

Essa diferença de conjuntura entre os dois blocos deu origem à tese de descolamento dos emergentes, principalmente dos BRICs, que afirmava que Brasil, Rússia, Índia e China não sofreriam impactos significativos decorrentes da recessão, ocasionando uma declaração emblemática de nosso então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, de que a crise, que era uma Tsunami nos EUA, no Brasil seria apenas uma “marolinha”¹².

No entanto, o marco que foi a quebra do Lehman Brothers gerou um pânico geral no mercado financeiro. Com isso, os *players* buscaram tornarem-se mais líquidos, temendo uma corrida aos bancos. O mercado de crédito estagnou, os fluxos de capital diminuíram e as moedas periféricas se desvalorizaram bruscamente, visto que a procura por aquelas mais estáveis se intensificou (SILVA, 2012:54). A crise estendeu-se por todo sistema por um efeito dominó e fazendo com que ela passasse a afetar fortemente os países em desenvolvimento.

11 SMITH, Geri. **Brazil Goes Investment-Grade**. Disponível em: <<http://www.businessweek.com/stories/2008-05-01/brazil-goes-investment-gradebusinessweek-business-news-stock-market-and-financial-advice>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

12 GALHARDO, Ricardo. **Lula: crise é tsunami nos EUA e, se chegar ao Brasil, será ‘marolinha’**. Disponível em: <Lula: crise é tsunami nos EUA e, se chegar ao Brasil, será ‘marolinha’ Leia mais sobre esse assunto em <http://oglobo.globo.com/economia/lula-crise-tsunami-nos-eua-se-chegar-ao-brasil-sera-marolinha-3827410#ixzz2jhz3Ed1e>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

No Brasil, os efeitos da crise internacional foram transmitidos principalmente pela redução da demanda externa por produtos brasileiros, interrupção das linhas de crédito externo, e crise de confiança que resultou na busca dos bancos por ativos mais líquidos (MESQUITA; TORÓS, 2010:8)¹³. A preferência dos bancos brasileiros de ativos de maior liquidez, em comportamento característico de preferência pela liquidez preconizado pela teoria Keynesiana, acarretou uma maior seletividade para empréstimos tanto para o consumo quanto para o setor produtivo, com aumento da taxa de juros. Essa perda de dinamismo do mercado levou a uma contração do investimento, principalmente na indústria, e por consequência, da atividade econômica em sentido geral (SILVA, 2012:54-55).

Tais efeitos vieram à tona com a divulgação dos indicadores macroeconômicos daquele ano: houve queda de 6,2% das exportações, de 16,3%, 17% e 26,2% na produção de bens de consumo, intermediário e de capital, respectivamente; além da informação que mais abalou o cenário econômico nacional: o crescimento do PIB desacelerou de 7,1% para 0,8% no segundo semestre de 2008¹⁴.

Diante de tamanha retração em razão da redução da oferta de crédito pela atuação conservadora dos bancos privados, imediatamente as autoridades nacionais em matéria financeira começaram a atuar. O Banco Central anunciou medidas para melhorar a liquidez interbancária, tanto em moeda nacional quanto estrangeira. Em relação à moeda nacional se destacam o fomento da aquisição de carteiras de crédito de bancos com problemas de liquidez, em troca da possibilidade de abatimento do recolhimento de depósitos compulsórios¹⁵.

13 No mesmo sentido, BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008, p. 133.

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Série de Dados**. 2011. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2011. Apud. SILVA, 2012.

15 Depósitos compulsórios dizem respeito à parcela dos depósitos recebidos que os bancos são obrigados a manter depositada no Banco Central, não podendo alavancar a partir deste valor, ou seja, realizar novos contratos de empréstimo lastreados por este valor, multiplicando a quantidade de moeda. Atualmente, as alíquotas dos depósitos compulsórios exigidos pelo Banco Central do Brasil são de 44% para recursos à vista e 20% para recursos a prazo e depósitos de poupança, considerados limites que tornam o sistema financeiro bastante líquido e estável, pois que em outros países esse limite pode ser menor que 10%. (cf. Banco Central do Brasil (Ed.). **Depósitos Compulsórios**: com informações até março de 2013. Brasília: Banco Central do Brasil, 2013. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ_12-Depósitos_Compulsórios.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.).

Quanto ao aumento da liquidez em moeda estrangeira, esta sim foi levada a cabo por operações tradicionais no mercado a vista, inclusive com empréstimos de reservas cambiais. Aí, de fato, o Banco Central injetou recursos no sistema financeiro, que é o mesmo que gerou toda a polêmica nos países desenvolvidos acerca das medidas de austeridade, que, no entanto, não foram necessárias no Brasil.

O Ministério da Fazenda, por sua vez, já em 2008 articulou a aprovação da Medida Provisória nº. 443 que autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e adquirirem participação em instituições financeiras públicas e privadas, com dispensa de licitação no caso daquelas. Sem dúvida que esses foram grandes incentivos para que o Banco do Brasil e a Caixa adquirissem instituições com problemas de liquidez (SILVA, 2012:58-61), que foram determinantes para a posterior aquisição do insolvente Banco Panamericano pela CEF.

Como os custos das transações bancárias e conseqüentemente os juros ficaram mais altos, houve um esforço no estímulo de setores estratégicos. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 1) garantiu por meio dos bancos públicos, notadamente o BNDES, o investimento de grandes aportes em obras e serviços públicos. Já para incentivar o consumo, o governo baixou os impostos, tendo grande relevância o corte do IPI sobre automóveis e eletrodomésticos, enquanto ordenou que a CEF mantivesse a grandiosa linha de financiamento imobiliário, com diminuição da taxa de juros.

Assim, destacou-se no período a importante função anti-cíclica desempenhada pelos bancos públicos, pois que disponibilizaram crédito num ambiente de incerteza generalizada, em que os *players* privados visavam apenas aumentar liquidez; reforçando, portanto, a teoria Keynesiana de intervenção do Estado no domínio econômico para resguardo do princípio constitucional da segurança pública, no caso, para evitar uma crise sem precedentes nas contratações. O Ministério da Fazenda ordenou aos bancos públicos (CEF e BNDES), que aumentassem a oferta de crédito, principalmente para setores estratégicos, conforme informado pela declaração do Ministro da Fazenda Guido Mantega¹⁶:

16 Cf. FOLHA DE SÃO PAULO (Ed.). **Bancos públicos irão suprir o mercado**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1910200805.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

Se, por exemplo, diminuir a liquidez de algum banco privado, os bancos públicos aumentam a liquidez.

[...]

O BNDES e a Caixa Econômica, que são bancos totalmente de controle estatal, estão instituídos para liberar mais crédito... Não dou instrução para o Banco do Brasil [banco misto com acionistas privados], mas sei que ele não está fazendo nenhuma restrição de liquidez.

Se antes da crise os bancos privados superavam os públicos em oferta de crédito, ambos seguidos pelos bancos internacionais, com a atuação dos bancos públicos durante a crise a ordem entre os públicos e os privados se inverteu. Os dois principais bancos públicos passaram por um processo de aumento do patrimônio, com aquisição de outras instituições, e de aumento de participação no mercado. A CEF passou de 6,42% no *market share* em setembro de 2008 para 9,48% em dezembro de 2009, e o BNDES, que recebeu entre 2009 e 2010 um aporte de R\$ 100 bilhões do Tesouro Nacional, de 8,96% para 12,62% no mesmo período (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009).

Para se ter ideia da força do setor bancário público como impulsionador do investimento no período, em 2009 o crédito, em termos nominais¹⁷, cresceu 15,2% (de 40,5% para 44,4% do PIB). Destrinchando este dado, no entanto, percebe-se que o crédito no setor privado cresceu apenas 5,7%, enquanto o proveniente dos bancos públicos cresceu 32,1% (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011).

Portanto, na contramão do que acontecia nos países desenvolvidos, em que a oferta de crédito cada vez mais caía, reduzindo o investimento e colocando a economia em forte recessão, no Brasil, o volume de crédito total cresceu mesmo na época da crise. E a grande parcela pública que constitui o setor bancário pátrio foi uma das responsáveis por esse diferencial, justamente o fator que é tão criticado por tantos que defendem cada vez maior privatização de qualquer setor econômico, justamente como ocorre nos países desenvolvidos, principalmente nos EUA, onde o comportamento desregrado e individualista do setor privado gerou todo o problema e continuou a agravar a situação nos anos subsequentes.

¹⁷ Sem levar em conta a depreciação pela inflação.

De fato, não foi necessário no Brasil, durante a eclosão da crise do *subprime*, um pacote de resgate a instituições financeiras em dificuldades, e um dos motivos para isso pode ter sido justamente o de que o país já havia adotado um plano de salvamento de proporções bem menores, mas com métodos semelhantes ao adotado nos Estados Unidos e na Europa, do qual se passa a tratar.

3.3. A ORDEM ECONÔMICA DA CFRB/1988 E A LEGÍTIMA ATUAÇÃO DO ESTADO NA CRISE

Como lecionado por Gilmar Ferreira Mendes (2008:1.354), a regulação constitucional da Ordem Econômica é relativamente recente, notável a partir do início do século XX, quando se passou a estruturar a transição do estado liberal para o intervencionista.

A evolução desse pensamento acabou por desaguar no atual constitucionalismo econômico, que se consubstancia na constituição brasileira em seu título VII, que trata da “Ordem Econômica”, trazendo princípios que orientam a estruturação do processo econômico e normas que regulam, entre outras coisas, a atuação do Estado na Economia.

O próprio constitucionalismo, a prática de fazer da edição de uma constituição a pedra fundamental da formação de um estado nacional, surgiu a partir do ideário das revoluções liberais burguesas, notadamente a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Nesse ínterim, as Constituições dos estados nacionais foram inicialmente pensadas como documentos legitimadores do poder político. Eram simulacros do ideal contrato social, verdadeiras outorgas de poder, emanado do povo, para aqueles indivíduos que efetivamente se tornariam os dirigentes do Estado.

Tanto é assim que J. J. Gomes Canotilho (2003:110) leciona que o princípio fundamental da ordem econômica no período das constituições liberais era o de que deveria haver o mínimo possível de restrições aos direitos fundamentais economicamente relevantes, tais como a propriedade, a liberdade de contratar, o exercício das profissões, etc.

Já a atuação econômica do Estado teve origem no estabelecimento, nas leis fundamentais, de um conjunto de princípios e normas para a regulamentação das relações entre estado e iniciativa privada no mercado capitalista, conhecida como disciplina da “ordem econômica”, dando origem às denominadas “Constituições

Econômicas”, dentre as quais destacaram-se as pioneiras constituições do México de 1917 e de Weimar, na Alemanha, de 1919. Segundo Eros Roberto Grau (2010:63 e 64), “a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação deste século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista” apesar de que a ausência de abordagem de normas econômicas em constituições anteriores não significa a inexistência de uma Ordem Econômica.

Daí a importância de se conhecer a forma como é disciplinada a ordem econômica na Constituição da República, tendo em vista que nela é que é disposto o arcabouço principiológico que orientará a persecução de uma determinada forma de organização do sistema econômico no campo fático. Vital Moreira (1973, apud. GRAU, 2010:64-65), por sua vez, assim leciona:

Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

Em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo(no sentido sociológico) da ação econômica;

Em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

A Constituição da República Federativa do Brasil expõe em seu Título VII, chamado “Da Ordem Econômica e Financeira, esses princípios orientadores”, iniciando pelo artigo 170 (BRASIL, 1988).¹⁸

18 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Já no *caput* encontra-se o princípio da livre iniciativa, que é também fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, IV. De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o princípio concede aos cidadãos a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”, (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2006:466).

A livre iniciativa relaciona-se intimamente com outro princípio, inserido no inciso IV do próprio art. 170, o da livre concorrência, que segundo André Ramos Tavares (2006:83) consiste na “abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

Trata-se de princípios consagradores da liberdade econômica, e os responsáveis por, ao lado da garantia da propriedade privada, constante no inciso II também do artigo 170 da Constituição, caracterizar o sistema econômico capitalista no país, pois que conferem, de acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”, sendo certo que a iniciativa privada é um dos pilares da ordem econômica capitalista (ARAÚJO; NUNES JUNIOR. 2006: 466).

Quanto à livre concorrência, é considerada desdobramento do princípio da livre iniciativa que tem a finalidade de atingir o chamado Estado de Concorrência

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

(ARAÚJO; NUNES JÚNIOR. 2006:468), uma condição de mercado ideal para aquelas doutrinas econômicas que vêm a atuação egoística do indivíduo como a melhor contribuição que ele pode dar à sociedade, entre elas a doutrina do libertarianismo, preconizada pelos austríacos, incluindo Von Mises e Rothbard. André Ramos Tavares a caracteriza como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2006:83).

Sendo assim, estes princípios não coadunam com a conduta do Estado de promover um resgate a empresas privadas que estejam em dificuldades financeiras utilizando recursos públicos, pois que trata-se de evidente preferência dada pelo ente público a particulares em detrimento da livre alocação de riquezas e consiste numa verdadeira interferência externa que impede a formação do almejado mercado ideal.

Prosseguindo na análise da Constituição, o referido art. 170, em seus incisos, elenca os princípios gerais da ordem econômica. O primeiro deles é o da Soberania Nacional, configurado como um dos elementos constitutivos do Estado, que implica a supremacia da ordem interna e sua independência em relação à ordem externa. Sua inserção na Ordem Econômica supõe a formação de um capitalismo autônomo, não sujeito a ingerências externas. Por outro lado, no entanto, não recomenda um isolamento perante as demais nações (FRANCO FILHO, 2009). De uma relação de interdependência, de cooperação mútua, é que se trata. José Afonso da Silva (2001:770), por sua vez, diz que com a inserção do princípio da soberania econômica “o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente”.

Interessante aqui destacar que o princípio da Soberania Nacional, como conformador da Ordem Econômica, impõe a tomada de esforços, por parte das autoridades governamentais do campo econômico e financeiro, no sentido de estruturar e manter um sistema financeiro integrado aos agentes econômicos internacionais, mas ao mesmo tempo independente deles, de modo que suas atividades não estejam vinculadas a entidades internacionais de tal maneira que as contingências econômicas sofridas no exterior venham a abalar sismicamente a estrutura econômica pátria.

Em certa medida, o Sistema Financeiro brasileiro alcança este objetivo, principalmente devido ao sólido e saudável setor produtivo de *commodities*. No entanto, alguns episódios de afrouxamento perante organizações internacionais, principalmente instituições financeiras.

Após, são inscritos os princípios da Propriedade Privada e da Função Social da Propriedade, da mesma forma que tratados no art. 5º, XXII e XXIII, também da Constituição. Assim, a Carta Magna garante o cumprimento da “função individual” da propriedade, justificada na proteção do sustento e da renda do proprietário além do direito de herança, e de outra forma não poderia ser, quando se quer implantar um sistema capitalista, mas ao mesmo tempo estabelece que deve ser observado o cumprimento de sua “função social”, coletiva, justificada pelo fim a que é destinada, os efeitos na sociedade da atividade ali desenvolvida. Conforme a lição de Fábio Konder Comparato (1995:32):

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria (e a matéria é precisamente a função social da propriedade), significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Eros Grau (2010:250-251) assevera que o princípio da função social não apenas exige uma conduta negativa, de abstenção de usar a propriedade em prejuízo da coletividade, mas também impõe a adoção de um comportamento positivo de efetivamente utilizar a propriedade em finalidade que atenda às exigências da sociedade.

Portanto, incumbe aduzir que muito mais que os bens privados, os bens públicos devem ter aplicação orientada pelo princípio da função social, em razão também dos princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da primazia do interesse coletivo, informadores do Direito Administrativo. Por isso mesmo,

estes princípios são os principais legitimadores da intervenção estatal em instituições em dificuldades nos períodos de crise.

Isto porque é inegável que no atual cenário do sistema financeiro internacional, totalmente interligado, a eclosão de uma crise em determinado setor econômico de um país gera efeitos sobre toda a economia global. Foi exatamente o que ocorreu na crise do *subprime*, em que o colapso de um segmento do mercado de crédito norte americano colocou em cheque toda a estrutura econômico-financeira do planeta. Os efeitos se estendem de um país a outro e de um setor a outro, sendo que a quebra do setor financeiro de crédito afetou gravemente também os setores produtivo e de serviços.

Assim, diante de uma contingência desse nível, o princípio da função social, conjugado com o do interesse coletivo, obriga os órgãos governamentais a atuarem visando a minimização dos prejuízos por ela causados, tais como desemprego, alta de preços, escassez de mercadorias, etc., que certamente seriam mais sentidos justamente pela parcela mais necessitada da população.

Não obstante, o princípio da função social da propriedade se aplica sobremaneira aos bens de produção, aí incluídos os capitais financeiros, conforme ensinamento de Eros Grau (2010:243):

... O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*.

[...]

Não se resume, no entanto, a *função social*, de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por função *individual*. Entenda-se como excedente desse padrão especificamente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina.

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a *propriedade dotada de função individual* e *propriedade dotada de função social*.

Encontra justificção, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança.

Já a propriedade dotada de *função social*, é justificada pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*.

Passando adiante na análise dos princípios constitucionais conformadores da Ordem Econômica, são inseridos nos incisos V, VI, VII e VIII os princípios da defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, da redução das desigualdades sociais e regionais, além da busca pelo pleno emprego. Aqui também se pode perceber a preocupação do constituinte em estabelecer uma ordem econômica atenta aos anseios de uma sociedade democrática, inserindo princípios que claramente possuem o condão de proteger e integrar as minorias ao processo econômico. Por isso é que José Afonso da Silva (2006, p. 774) os denomina “princípios de integração, porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”.

E por fim, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, trazido no inciso IX, parece se opor aos já abordados princípios da livre iniciativa e livre concorrência. O que ocorre, no entanto, é o contrário. Em um cenário dominado cada vez mais por gigantescas corporações, os pequenos empreendimentos representam um fator que equilibra as forças no mercado. Sua existência é imprescindível, isso sim, para a manutenção do estado de competição, sendo necessário que recebam tratamento diferenciado. No mesmo sentido, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007:362) que “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial”.

Ainda quanto a busca pelo pleno emprego, trata-se de importante princípio para a análise que aqui se propõe. Eros Grau (2010:257) destaca que ele advém do ideal keynesiano de emprego total dos recursos e fatores de produção, possuindo três frentes de atuação:

O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*. A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*.

Não obstante, consubstancia também, o princípio da *busca do pleno emprego*, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da *valorização do trabalho humano* e reflete efeitos em relação ao *direito social ao trabalho* (art. 6º, *caput*).

Do caráter conformador do princípio decorrem consequências marcantes, qual, entre eles, o de tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas.

O douto constitucionalista relaciona intimamente o princípio, portanto, com os princípios da função social da propriedade e da valorização trabalho humano, além de fazer um importante adendo quanto ao seu condão de restringir a possibilidade de adoção de políticas recessivas pelo estado.

Quanto à valorização do trabalho humano, trata-se de fundamento embasante da Ordem Econômica, assim concebido pelo *caput* do próprio art. 170, além de ser fundamento também da República Federativa do Brasil, conforme 1º, IV, também da Constituição. Trata-se de princípio constitucional constitucionalmente conformador, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Eros Grau (2010:202) que orienta nossa Ordem Econômica a dar “prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (SILVA, 2006: 766).

Aqui se trata de um princípio que ordena a atuação dos órgãos governamentais de maneira a disciplinar o processo econômico de forma a privilegiar o trabalho humano como fonte geradora de riqueza. Trata-se de dar forma a uma economia real, que esteja concentrada no processo produtivo, não dando margem à multiplicação de processos especulativos que minam a solvibilidade da economia, como foi a atuação dos bancos americanos que deu origem à crise do *subprime* em 2008.

Finalmente, incumbe retornar ao *caput* do artigo 170, que apresenta a finalidade, razão de ser, da Ordem Econômica, que é a de assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social. Neste ponto percebe-se forte relação com o princípio supremo do princípio da dignidade da pessoa humana, que carrega junto a si todos os direitos e garantias fundamentais do homem. Aqui, o principal ponto a ser ressaltado é que a Constituição requer que a Ordem Econômica sirva de instrumento para assegurar a existência digna de todos, e não de qualquer parcela em posição privilegiada, o que por sua vez tem relação direta com “os ditames da ordem social”. Nesta linha, Grau (2010: 229) assevera que:

Justiça social, inicialmente quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

4. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A análise do posicionamento que os tribunais brasileiros vêm tomando acerca dos períodos de crise financeira e dos planos de auxílio às instituições bancárias em vias de falência por ora não pode se dar se não concentrando-se as atenções às ações que dizem respeito ao PROER. Isto porque ainda não há disponível quantidade satisfatória de material acerca da crise do *subprime*, pois que muito recente, iniciada no ano de 2008. Ainda assim, no entanto, é possível extrair alguns interessantes adendos em relação à opinião do judiciário brasileiro sobre a crise, mesmo em processos que tenham por objeto questão diversa.

Iniciando a análise, destaca-se o fato de que a instituição do PROER foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1376/DF, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores. O partido argumentou que a Medida Provisória que instituiu o Programa 1.179/95 legislava sobre matéria reservada à Lei Complementar, conforme artigo 192 da CFRB/88, bem como instituía isenções e incentivos fiscais em lei não específica, contrariando o artigo 150, § 6º, também da CF. Afirmou também que a medida contrariava o princípio da isonomia do direito

adquirido e da liberdade de associação e, ainda, que a instituição do programa não estava justificada pela urgência.

No entanto, a ação acabou por ser julgada prejudicada por razões de cunho processual, na forma da ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.179/95, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS DE FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. PARCIAL REEDIÇÃO PELA DE Nº 1.214/95. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 192, CAPUT, ART. 150, § 6º, E ART. 5º, XX, CF/88 E, AINDA, COM OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. PEDIDO ACOMPANHADO DE REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Ausência de plausibilidade da tese: - em primeiro lugar, por ter-se limitado a definir, no art. 1º e parágrafos, os contornos de programa criado por ato do Conselho Monetário Nacional, no exercício de atribuição que lhe foi conferida pela Lei nº 4.595/64 (art. 2º, inc. VI), recebida pela Carta de 88 como lei complementar; - em segundo lugar, tendo em vista que o art. 2º e seus incisos e parágrafos, ainda que houvessem instituído tratamento tributário privilegiado às fusões e incorporações, o fizeram sem afronta ao art. 150, § 6º, da CF/88, posto que por meio de lei editada para esse fim, a qual, por isso, não pode deixar de ser considerada específica, como exigido pelo referido texto; - e, por fim, considerando que o art. 3º, ao afastar a incidência, nas incorporações e fusões, do art. 230 da Lei 6.404/76, referiu norma legal cuja vigência se acha envolta em séria controvérsia, circunstância por si só capaz de lançar dúvida sobre a questão de saber se concorre, no caso, o pressuposto da relevância do fundamento do pedido. Registre-se, ainda, que escapa à competência do Poder Judiciário a apreciação do requisito de urgência previsto no art. 62 da CF/88 para a adoção de medida provisória, conforme jurisprudência assente do STF. Medida cautelar indeferida¹⁹.

Ganha destaque também o Recurso Especial 914617/PE interposto pelo Banco Central do Brasil que foi julgado procedente pelo Superior Tribunal de

19 STF, ADI: 1376 DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 24/02/2003, Data de Publicação: DJ 05/03/2003, p. 24.

Justiça, sendo considerado *leading case*, pois que abriu um precedente que veio a se consolidar posteriormente em vários outros julgamentos, sempre sendo citada a linha de raciocínio desenvolvida nesta demanda.

A demanda originária foi uma ação de obrigação de não fazer proposta em face do BACEN por duas empresas acionistas do Banco Mercantil S.A., perante a justiça federal de Pernambuco, que teve liquidação extrajudicial decretada *ex officio* em 09/08/1996. À época, foram firmados entre o interventor da instituição e o BACEN dois contratos de abertura de crédito rotativo com recursos do PROER, com cláusula de correção pela TR e juros de 8,55% aa. Os autores então pleitearam que o BACEN se abstivesse de contabilizar no balanço da instituição em liquidação o valor dos juros. A Sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, sob o argumento de que apenas a correção pela TR seria suficiente para viabilizar a remuneração. Houve recurso para o TRF da 5ª Região, que confirmou a Sentença de primeira instância.

O STJ, por sua vez, entendeu que o PROER, por sua peculiaridade e também grande importância, é regulado por um microsistema normativo específico, a ele não se aplicando a legislação comum, e admitiu a incidência dos juros, conforme a Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO COM RECURSOS DO PROGRAMA DE ESTÍMULO À REESTRUTURAÇÃO E FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PROER. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CONEXÃO. ART. 105 DO CPC: INEXISTÊNCIA. ARTS. 130 E 332 DO CPC: SENTENÇA NÃO CONTAMINADA PELA PROVA PERICIAL DECLARADA NULA. LEGITIMIDADE ATIVA: FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS FIRMADOS. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32 - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO PROER.

(...)

6. Intervenção e liquidação extrajudicial são institutos de Direito Administrativo e, em consequência também o são os atos

praticados pelo interventor, o que afasta a aplicação das regras de Direito Privado, inclusive no que diz respeito à prescrição, com aplicação do Decreto 20.910/32.

7. Os contratos firmados sob a égide do PROER submetem-se às normas de um microsistema, a partir da Lei 4.595/64, disciplinadora do Sistema Financeiro Nacional, passando à Lei 9.710/98 (MP 1.179/95), que criou o programa, e à Resolução 2.208/95, que a regulamentou, com expressa previsão para expedição de Circulares do BACEN.

8. Inaplicabilidade da legislação comum, afastada pelo princípio da especialidade (art. 2º LICC).

9. Recurso do BACEN conhecido e conhecido em parte o recurso da UNIÃO e, nessa parte, providos, afastada a prescrição²⁰.

Na ocasião, o voto da Ministra Eliana Calmon salientou que os contratos a que se referiam os autos, firmados no decorrer do Programa, foram celebrados observando as regras próprias do PROER, instituídas pelo BACEN dentro dos limites de sua competência, e que são válidos e devem ser aplicados em decorrência do princípio da especialidade, que afasta a incidência da normas gerais quando há regras específicas.

Esse julgamento foi considerado de grande importância pelo Banco Central, pois, como dito, ele serviu como paradigma para o julgamento de diversas outras demandas no judiciário, que em conjunto poderiam lhe trazer um prejuízo enorme caso o entendimento fosse diverso²¹.

Os demais julgados que podem ser encontrados nos sites dos Tribunais Superiores brasileiros também tem como objeto mais a questão da operacionalização do Programa, e não a sua legitimidade em si. É o caso do julgado seguinte, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 819217/RJ.

A ação originária era um procedimento de Arresto proposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (posteriormente o processo foi

20 STJ, REsp 914617/PE, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 15/05/2007, T2 - SEGUNDA TURMA.

21 Fernandes e Fofre (2013, p. 1) afirmam que com a celebração de um acordo em 2013 em que os bancos auxiliados pelo PROER renunciaram às ações ainda em trâmite referentes à aplicação da Taxa Referencial, o Banco Central evitou perdas que poderiam chegar a 34,8 bilhões de reais. No mesmo sentido v. FERREIRA, 2013, p. 51.

declinado para a justiça estadual do Rio de Janeiro, e a inicial ratificada pelo Ministério Público desta unidade da federação) contra um dos diretores do Banco Nacional S.A. na época em que o banco estava em intervenção, no âmbito do PROER. O arresto era proposto como medida cautelar preparatória de ação de responsabilidade civil, com fulcro no artigo 45 da Lei 6.024/1974, em razão de o BACEN ter apurado a responsabilidade do ex-dirigente em inquérito extrajudicial previsto pelo artigo 41 do mesmo diploma legal.

No julgamento, o STJ concluiu que tanto o Ministério Público quanto o Banco Central possuem legitimidade para buscar a responsabilização de ex-administradores de instituições financeiras socorridas pelo PROER, bem como o inquérito extrajudicial concluído pelo Banco Central é suficiente para que se determine a realização do arresto, conforme a ementa:

RECURSO ESPECIAL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SOB REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA (RAET) - ARRESTO DE BENS DE EX-ADMINISTRADORES - COMPETÊNCIA DE ÓRGÃOS DA 2ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONFIGURAÇÃO - ANÁLISE DE RECEPÇÃO DA LEI N. 6.024/74 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988 - INVIABILIDADE - AFRONTA AO ART. 165 E 468 DO CPC POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - OMISSÃO PELO ACÓRDÃO A QUO - INEXISTÊNCIA - LEGITIMIDADE DO PARQUET CARIOCA EM PROSEGUIR EM AÇÃO QUE, EM RAZÃO DE DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, FOI REMETIDA PARA JUÍZO DO RIO DE JANEIRO - CARACTERIZAÇÃO - INCIDÊNCIA DO ARRESTO SOBRE BENS JÁ OBJETO DA INDISPONIBILIDADE DO ART. 36 DA LEI DE INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - ADMISSIBILIDADE - ARRESTO DE BENS DE EX-ADMINISTRADORES - FUMUS BONI IURIS APOIADO APENAS NA CONSTATAÇÃO DO INQUÉRITO DO BANCO CENTRAL ACERCA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS - POSSIBILIDADE, DADA A PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE CULPA DOS EX-ADMINISTRADORES - LEGITIMIDADE DO PARQUET OU DO BANCO CENTRAL PARA BUSCAR A RESPONSABILIZAÇÃO DE EX-ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SOCORRIDA

PELO PROGRAMA DE ESTÍMULO À REESTRUTURAÇÃO E AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (PROER) - RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL DIVORCIADAS DO ÂMBITO NORMATIVO DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS - SÚMULA N. 284/STF - INCIDÊNCIA - CONDENAÇÃO DO PARQUET AO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE DE EX-ADMINISTRADORES - IMPOSSIBILIDADE, SALVO MÁ-FÉ - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

(...)

9. Em razão de a responsabilidade dos ex-administradores ser subjetiva com base na presunção *iuris tantum* de culpa, o *fumus boni iuris* do arresto se contentará com a mera indicação pelo inquérito do BACEN acerca da existência de obrigações inadimplidas, assegurado, porém, ao ex-administrador erguer provas suficientes para derruir a referida culpa presumida.

10. O direito de produzir provas em contrário deve ocorrer no foro expressamente eleito para tanto: a ação de responsabilidade, por força do disposto no art. 46 da Lei n. 6.024/74. Obviamente, nada impedirá que o magistrado, antes mesmo da propositura da ação de responsabilidade, afaste a presunção legal de culpa quando os elementos probatórios forem suficientes para tanto.

11. Na espécie, o recorrente logrou infirmar a presunção de culpa pelos prejuízos causados à antigo Banco Nacional S/A, pelo que o arresto deve ser censurado.

12. Não há como forcejar o exame de questões alheias ao comando normativo dos dispositivos apontados como violados, de maneira que é inafastável o óbice da Súmula n. 284/STF quando as razões do recurso especial estiverem dissociadas dos preceitos tidos como afrontados.

13. É inviável a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e honorários advocatícios em decorrência de sucumbência em medida cautelar preparatória de ação civil pública de responsabilidade de ex-administradores de instituições financeiras, salvo comprovada má-fé.

14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesse ponto, parcialmente provido²².

Estudando essas decisões, têm-se uma boa medida da opinião corrente no poder judiciário de que o PROER foi um programa legítimo e de grande importância para o amadurecimento do Sistema Financeiro Nacional, sendo certo que foram tomadas importantes decisões pelos tribunais pátrios que garantiram a boa operacionalização do programa, sendo que a mais importante delas foi no sentido de manter o valor a ser pago pela ajuda prestada à época exatamente como acordado, afastando a pretensão das instituições financeiras auxiliadas de aplicação apenas da Taxa Referencial de juros, e evitando um grande prejuízo que teria de ser suportado pelo Erário Público.

Quanto à crise de 2008, ainda que não seja tão amplo o material disponível, pode-se notar também um consenso no sentido de que a crise foi mesmo gerada pela conduta prejudicial dos próprios agentes financeiros, notadamente os bancos comerciais, pela falta de critério que tiveram na distribuição de crédito para o consumidor comum, bem como pelas instituições públicas que falharam em regular e fiscalizar satisfatoriamente o mercado.

5. CONCLUSÕES

O interesse no desenvolvimento deste artigo surgiu a partir da percepção de uma situação nada saudável para toda a economia mundial. A crise do *subprime* norte americano, causada pela atuação perniciosa do setor bancário, colocou em cheque até mesmo a existência do sistema financeiro internacional. Os governos foram obrigados a entrar em ação para evitar que o choque fosse maior, principalmente para a camada mais desprovida da população. E isso explicitou e colocou em debate a discricionariedade do poder dos bancos centrais de atuarem na função de prestamistas de última instância.

Questionou-se, então, o que legitimaria esse tipo de atuação, de entregar dinheiro público a instituições privadas que visam o lucro simplesmente porque foram incompetentes em lidar com o mercado e irresponsáveis quanto

22 STJ, REsp: 819217 RJ 2006/0030154-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/09/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/11/2009.

as consequências de suas ações, causando um problema social de proporções gigantescas? O que é que as instituições financeiras têm de tão especial para poderem pagar tão elevados bônus e rendimentos a seus dirigentes e, quando se virem em situação de dificuldade, de terem o direito de usufruir da benevolência do poder público para se recuperar? Este é um privilégio que se pode dizer que nenhum outro setor possui.

Em períodos de estabilidade econômica a questão da discricionariedade da atuação de prestamista de última instância segue despercebida, sendo escassos os esforços com o objetivo de regulamentá-la ou impor-lhe limites. Mas nos períodos de contingência financeira essa questão parece vir a tona. Foi o que se viu, a partir da eclosão da crise em 2008 nos Estados Unidos, onde houve intenso debate no congresso até que se chegasse aos termos finais do pacote de auxílio às instituições financeiras, e, na Europa, onde o fornecimento de auxílio por parte do bloco do Euro a países em dificuldades como Grécia e Portugal exigiu como contrapartida a adoção de rígidas medidas de austeridade fiscal, inflamando os ânimos da população, que reagiu com notáveis protestos.

Trazendo a questão para o cenário brasileiro, viu-se que a mesma experimentou algumas peculiaridades. A crise de 2008 não atingiu tão fortemente a economia no país. Durante a elaboração dessa pesquisa, no entanto, teve-se a oportunidade de investigar que muito desse mérito se deve à atuação dos órgãos governamentais de política econômica em outra situação de contingência, implantando também um programa de resgate a instituições financeiras: o PROER.

À época, a crise fora mais setorizada, relacionada ao extenso período de alta inflacionária característico das economias latino-americanas na década de 1980. A inflação foi um grande problema econômico daquele tempo, mas após a consecução de seu controle, descobriu-se que em certa medida ela favorecia as instituições financeiras que compensavam prejuízos com a elevada taxa de aumento do valor da moeda. Instituições financeiras começaram a quebrar, e a atuação do governo mostrou-se necessária.

Neste contexto foi concebido o PROER, programa de resgate às instituições bancárias em dificuldades financeiras que concentrou seus esforços na injeção de liquidez em bancos em processo de liquidação, estímulo, mediante inclusive a alterações nas normas regulamentadoras, à fusões que abarcassem as referidas

instituições, alterações na regulamentação de recolhimento de compulsórios e securitização de determinados nichos de depósitos.

A atuação dos órgãos de política econômica no Brasil durante a recessão de 2008 foi muito mais discreta do que a tomada por ocasião da implantação do PROER. Destacaram-se neste cenário a atuação de três órgãos. O Banco Central, com a adoção de medidas para melhorar a liquidez bancária, inclusive com alterações nas regras de recolhimento dos depósitos compulsórios e empréstimo de reservas cambiais. O Ministério da Fazenda articulou a edição da Medida Provisória 443, autorizando Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal a adquirirem participação em instituições financeiras públicas e privadas inclusive com dispensa de licitação. Complementando, o próprio Governo Federal, que fez um aporte de dinheiro aos bancos públicos para que repusessem a oferta de crédito que ia se reduzindo, notadamente por meio do BNDES que aplicou largos montantes no Programa de Aceleração de Crescimento, que nada mais foi do que uma proposta de estímulo a economia à Roosevelt.

Assim como a implantação do PROER, também a atuação governamental no Brasil durante a crise de 2008 também mostrou-se adequada à situação de contingência enfrentada e consistiu num plano conciso, que atingiu os objetivos a que se propôs, minimizando os prejuízos que poderiam ter advindo da situação de crise.

Analisando a questão da legitimidade desse tipo de ação, no entanto, chega-se à conclusão de que tais medidas não devem ser adotadas como a solução para a questão dos ciclos econômicos. É inconcebível continuar permitindo que as instituições bancárias especulem livremente, prossigam inflacionando a moeda, depreciando dessa forma o poder aquisitivo da população como um todo, e ao mesmo tempo sigam pagando a seus dirigentes altíssimos salários e bônus, para ao final, diante de problemas como a crise do *subprime* que, ressalte-se, foi talhada justamente por causa dessa atuação perniciosa, se tome a mesma antiga solução de se utilizar dos recursos públicos para socorrê-las, com a repetitiva justificativa de que é a única forma de se proceder para salvar o sistema financeiro, ou de que dessa forma os prejuízos serão menos intensos.

É certo, no entanto, que ainda há para onde progredir nesse sentido. Os recursos despendidos com a adoção do PROER, por exemplo, ainda estão nas

mãos das instituições financeiras favorecidas, e assim também o que foi gasto durante a crise do *subprime*. Trata-se de uma forma de expropriação do que é público. Retiram-se do presente possibilidades de investimento e prestação de serviços que só poderão ser retomados muito tempo depois.

6. REFERÊNCIAS

ACIOLY, Luciana; MATIJASCIC, Milko & PIÑÓN, María. **Crise financeira internacional – Reação das instituições multilaterais**. In: Crise Financeira Mundial: Impactos sociais e no mercado de trabalho. Brasília: ANFIP, 2009.

ALVERGA, Carlos Frederico Rubino Polari de. A intervenção do Estado na economia por meio das políticas fiscal e monetária – Uma abordagem keynesiana. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2714, 6 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17920>>. Acesso em: 28 out. 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **PROER**: Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/?PROER>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. **Relatório de economia bancária e crédito**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009.

_____. **Relatório de inflação**. Vol. 10, nº. 4 Brasília: Banco Central do Brasil, 2008.

_____. **Sistema gerenciador de séries temporais**. 2011. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. Da Ordem Econômica e Social: uma abordagem histórica e principiológica. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p.43-78, dez. 2009. Semestral.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Disponível em:

<http://www.pgcsiamspe.org/Mario_Porto/02-DicionarioDePolitica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

_____. **Nem com Marx, nem contra Marx**. São Paulo: Unesp, 2006.

BORÇA JÚNIOR, Gilberto Rodrigues; TORRES FILHO, Ernani Teixeira. **Analisando a Crise do Subprime**. In: Revista do BNDES, V. 15, n. 30. Rio de Janeiro: BNDES, dezembro/2008.

BULLIO, Olívia et al. A atuação do Fed antes e depois do estouro da bolha imobiliária: discricionariedade e mandato de bancos centrais em contexto de desregulamentação financeira. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 20, n. 2, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-06182011000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 maio 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, República Federativa do. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Marcelo José Ranieri. **Regulação, poder de mercado e concorrência dos bancos no Brasil sob a avaliação dos conglomerados financeiros**. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo, 2011.

CARVALHO, Carlos Eduardo. O Banco Central como empregador de última instância: mão quase invisível ao sustentar os mercados. **Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p.217-239, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaokos.org/seer/index.php/oikos/article/viewFile/313/176>>. Acesso em: 27 out. 2013.

- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CRUZ, Maria Alice da. Economista prega revisão de lei que limita empréstimo de última instância: LRF é empecilho para que Banco Central atue como prestamista. **Jornal da Unicamp**. Campinas, p. 5-5. 16 maio 2010. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/maio2010/ju461pdf/Pag05.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.
- FERNANDES, Adriana; FOUFRE, Célia. **Após 18 anos acaba briga com bancos do Proer**. Brasília: Estadão, 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,apos-18-anos-acaba-briga-com-bancos-do-proer,167911,0.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2013.
- FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. **Contencioso judicial em regimes especiais: Atuação da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC)**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2013
- FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FOLHA DE SÃO PAULO (Ed.). **CPI vê irregularidade em venda de bancos: Segundo sub-relatório do senador Jader Barbalho, Proer tem R\$ 37,76 bilhões para receber**. Brasília: 1999. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2511199912.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2013.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 9, n. 70, p.0-0, nov. 2009. Mensal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649&revista_caderno=9>. Acesso em: 01 nov. 2013.

- FRIEDLANDER, David; GRIMBAUM, Ricardo. **Ajuda a banco custou R\$ 45 bi.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/banespa_governo.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2013
- GRANDILONE, Cláudio. **A maioria do Proer:** Saneamento dos bancos privados e públicos completa 18 anos. Programa custou quase R\$ 170 bilhões, mas preparou o sistema financeiro brasileiro para enfrentar as crises. Brasília: Istoé Dinheiro, 2013. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/11/12/a-maioridade-do-proer>>. Acesso em 23 ago. 2013.
- KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996.
- MAIA, Vinícius Fernandes da Costa. **A Lei nº 11.101/05 aplicada ao caso de recuperação judicial da Varig.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12374/a-lei-no-11-101-05-aplicada-ao-caso-de-recuperacao-judicial-da-varig#ixzz2ZB75H83a>>. Acesso em 10/07/2013;
- MARTINS, José Celso; SILVA, Roberto Crespo e. Da intervenção do Estado na Economia. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 8, n. 8, 2011. São Paulo, 2011.
- MESQUITA, M.; TORÓS, M. **Considerações sobre a atuação do Banco Central na crise de 2008.** Brasília: Banco Central do Brasil, 2010.
- MINSKY, Hyman Philip. **Stabilizing an Unstable Economy.** McGraw-Hill, 1986.
- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.
- NEHER, Clarissa (Ed.). **Primeiro de Maio é marcado por protestos na Europa.** 2013. Disponível em: <<http://www.dw.de/primeiro-de-maio-é-marcado-por-protestos-na-europa/a-16783823>>. Acesso em: 25 maio 2013.
- O GLOBO (Ed.). **Loyola: elogio de Lula ao Proer é 'evolução natural'.** Brasília: 2008 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/loyola-elogio-de-lula-ao-proer-evolucao-natural-3621678>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

- REBÊLO, Felipe Cesar José Matos. Crise Financeira de 2008: Intervenção do Estado no Domínio Econômico. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p.69-79, maio 2010.
- ROTHBARD, Murray N. **America's Great Depression**. Kansas City: Sheed & Ward, 1972.
- _____. The Positive Theory of The Cycle. In: ROTHBARD, Murray N.. **America**. 5. ed. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2000. Cap. 1, p. 3-36. Disponível em: <<http://mises.org/rothbard/agd.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Glauco Freire da. **Atuação do Banco Central do Brasil na crise de 2008/2009 e o regime de metas da inflação**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=14398>. Acesso em: 03 out. 2013.
- SILVA, Gustavo Teixeira Ferreira da. **As crises financeiras mundiais de 1929 e 2008: Uma análise comparativa a partir da abordagem pós-Keynesiana**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/30871/000766270.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 jun. 2013.
- SILVA, Paulo Roberto da. **Origem e desenvolvimento do sistema financeiro internacional: do padrão-ouro à crise de 2008**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12301>. Acesso em: 17 ago. 2013.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

A JUDICIALIZAÇÃO DO ANTITRUSTE NO BRASIL: ESTUDO SOBRE A EFETIVAÇÃO DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

Mônica Mota Tassigny¹

Leonardo José Peixoto Leal²

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a chamada advocacia da concorrência no Brasil, visando identificar a efetiva utilização do Poder Judiciário no controle de práticas de infração à ordem econômica. O estudo conclui, com base em uma metodologia de pesquisa teórica e documental, que embora exista no Brasil uma boa estrutura administrativa de proteção ao ambiente concorrencial, fortalecida a partir da Lei 12.529/2011, ainda persiste uma deficiência de conhecimento a respeito da política antitruste, acarretando um baixo índice de judicialização da matéria, pois é pequeno o número de processos voltados a compelir práticas infrativas ou pugnar pela reparação dos danos causados. Inicialmente, o trabalho aborda a defesa da concorrência no Brasil; em seguida é analisada a estrutura administrativa e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); após, estabelece-se o foco na análise de casos de cartel, espécie de infração à ordem econômica, promovendo o levantamento dos casos condenados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos últimos cinco anos; por fim, aborda-se o efetivo ajuizamento de ações no âmbito cível, seja pelo Ministério Público ou qualquer legitimado a título coletivo, seja por indivíduos interessados, voltados a coibir a prática de cartel e/ou pleitear reparação dos danos decorrentes.

Palavras-chave

Defesa; Concorrência; Cartel; Judicialização.

1 Professora Dra. do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Administração (UNIFOR).

2 Professor dos cursos de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Secretário-Geral da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE. Vice-Presidente Nordeste da Federação dos Pós-Graduandos em Direito do Brasil – FEPODI.

Abstract

The objective of this work is to analyze the so-called competition advocacy in Brazil aiming to identify the effective utilization of the judiciary in control of violations' practices of the economic order. The study concluded, based on a methodology of theoretical and documentary research, that although there is in Brazil a good administrative structure to protect the competitive environment, strengthened by the Law 12.529/2011, there is still a deficiency of knowledge regarding the antitrust policy causing a low level of judicialization of matter, because it still is small the number of processes aimed at fighting illegal practices or work for the restoration of damage. Initially, the work discusses the defense of competition in Brazil; then analyzes the administrative structure and the Brazilian Antitrust System (SBDC); after that, it's establishes the focus on the analysis of cartel cases, species of violations of the economic order, show cases sentenced by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in the last five years; Finally, it's displayed the effective filing of lawsuits in civil proceedings, either by prosecutors or any legitimized collective title, either by interested individuals, aimed at curbing cartel behavior and / or claim compensation for damage caused.

Key words

Defense; Competition; Cartel; Judicialization.

1. INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência objetiva, na sua origem, favorecer um ambiente de mercado de “concorrência perfeita”, ou seja, que nenhum dos agentes que se relacionam detenha poder suficiente, poder de mercado, para, sozinho, determinar aspectos como preço, produção, qualidade, investimento em inovação, dentre outros elementos relevantes.

Mas na realidade, o ambiente descrito acima é de difícil configuração devido ao fato de que há uma tendência de concentração no sistema capitalista³ de

3 No sentido do lucro ser determinante na concentração de poder econômico (MOTA, 2007, p.70-71)

produção, uma vez que quanto maior for a empresa ou agente econômico, maiores serão suas possibilidades de lucro com ampla perspectiva de redução de custos. Dessa forma, a maior parte dos mercados estrutura-se em ambientes de “concorrência imperfeita” ou de estrutura “oligopolista” ou “monopolista”. Além do fato da possibilidade de ocorrências de externalidades como a formação de conluio entre competidores, fato que elimina os benefícios de uma estrutura concorrencial.

Dentro desse contexto, uma política estatal de controle e defesa do ambiente concorrencial assume especial relevância uma vez que essa estrutura poderá propiciar a existência de um ambiente, o mais próximo possível, da estrutura de “concorrência perfeita” por meio de controle e fiscalização eficientes dos atos praticados no mercado, o que resulta, em regra, ganhos positivos para a economia e para a sociedade, como redução de preços, melhoria de qualidade de produtos e serviços, aumento dos investimentos em inovação e tecnologia, entre outras possibilidades.

No Brasil, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atua em três vertentes bem definidas: 1) Controle de Estruturas – faz análise prévia de atos de concentração entre empresas, podendo autorizar ou não tais atos, bem como autorizar com restrições; 2) Controle de Condutas – fiscaliza, investiga e pune condutas lesivas à ordem econômica, nos termos da legislação, praticadas por empresas ou grupos de empresas; e 3) Advocacia da Concorrência – procura difundir a cultura da defesa da concorrência em meio à população, facilitando assim o controle das atividades econômicas pela própria sociedade.

Recentemente, o SBDC foi reestruturado a partir da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 que revogou a Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 sendo constatável que, nos últimos anos, o sistema evoluiu, desenvolvendo um trabalho de excelência que se percebe tanto pelo aumento no número de processos, cujo objeto abrange atos de concentração, como de processos que tenham por objeto infrações à ordem econômica apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Entretanto, ainda persiste um problema. A defesa da concorrência é pouco conhecida pela população brasileira, fato que termina por estimular comportamentos anticoncorrenciais de empresas, como também frustrar a possibilidade de intervenção direta da sociedade na repressão de condutas desse

tipo. A Lei 12.529/2011 claramente estabelece que a coletividade é titular dos direitos regulados por referida lei⁴.

As práticas lesivas à concorrência, além de causarem impactos negativos ao mercado, podem provocar danos concretos às pessoas nele presentes. Imagine-se, por exemplo, um cartel dos postos de combustíveis em um determinado município. Estima-se que, em média, um cartel acarrete um aumento de preço entre 10% e 20% do que seria praticado em um ambiente efetivamente competitivo. Dessa forma, todos os indivíduos que adquirirem combustível nesse município estarão sendo lesados ao comprarem combustível mais caro, significando um dano concreto experimentado pelos compradores.

Por conta de situações como essas é que a Lei 12.529/2011 estabelece que qualquer prejudicado poderá pleitear judicialmente a cessação de práticas de infração, bem como a reparação dos danos experimentados em razão de qualquer conduta anticoncorrencial. Tão importante é a responsabilidade civil que a legislação estabeleceu a total independência entre as esferas civil e administrativa, não havendo qualquer vinculação direta entre a possível busca por reparação da tutela jurisdicional e a instauração ou não de processos administrativos junto ao SBDC.

Nesta direção, o presente trabalho objetiva analisar a advocacia da concorrência no Brasil e identificar o efetivo uso dessa ferramenta pela população brasileira, analisando o ajuizamento de ações visando a reparação de danos decorrentes de ilícitos anticoncorrenciais. A análise voltou-se para as práticas de cartel, consideradas, a um só tempo, as mais comuns e mais graves infrações à ordem econômica tuteladas pela legislação. Tratou-se de pesquisa teórica com fonte bibliográfica e documental, de natureza exploratória e abordagem qualitativa.

Inicialmente, apresenta-se a estrutura do SBDC e suas principais formas de atuação; em seguida é feita uma análise da possibilidade de busca de reparação de danos sofridos em razão da prática de cartel. Em outro momento, abordam-se as condenações de cartel efetivadas pelo CADE nos últimos cinco anos (2009-2013).

4 Neste sentido, legitima-se no art. 1º, parágrafo único Lei 12.529/2011. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Por fim, procura-se estabelecer um paralelo entre as decisões condenatórias administrativas e eventuais ações judiciais visando à reparação de danos por prática de cartel. Para atingir esse objetivo, foram analisados acórdãos dos Tribunais de Justiça de segunda instância de estados da federação e do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁵. Trata-se de temática relevante aos interesses da sociedade e em sintonia com as discussões existentes, na atualidade, portanto, faz-se indispensável a investigação sobre a eficácia dos instrumentos de proteção dos interesses de econômicos de todos os cidadãos brasileiros.

2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A defesa da concorrência, seus institutos e a tutela legal existentes, surgem como resposta do estado às falhas de mercado, ou seja, a dominação de mercados por certo agente ou condutas gravosas, ou tendentes a causar gravames à economia. Nesse diapasão, assume o princípio constitucional da livre concorrência uma característica de política pública estatal, no sentido de ser instrumento capaz de promover o bem estar social e o desenvolvimento da economia com os seus benefícios, tais como: geração de emprego, aumento de arrecadação estatal, ganho de bem estar social, respeito à dignidade do consumidor, dentre vários outros. (GOLDBERG, 2006, p. 24; FORGIONI, 2012, p.188-192).

Atualmente⁶, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem a atribuição de zelar pela defesa da concorrência e pelo respeito à Lei 12.529/2011. Referido diploma legal regulamenta a concorrência no mercado brasileiro, estruturando o SBDC, reformulado após a edição da Lei. De acordo com a Lei 12.529/2011, o CADE passou a contar com um Tribunal Administrativo, uma

5 O Poder Judiciário no Brasil conta com divisão de competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal, sendo que a Justiça Estadual conta com Tribunais em cada Estado da Federação. O Superior Tribunal de Justiça – STJ é órgão máximo de interpretação da legislação federal e de unificação da jurisprudência, cabendo ao Supremo Tribunal Federal – STF a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 Anteriormente, o sistema era composto de estrutura tripartite, na égide da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, contando com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como instância julgadora e decisória e as Secretarias de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, como órgãos investigativos e consultivos.

Superintendência Geral que assumiu as funções desempenhadas pela extinta Secretaria de Direito Econômico e um Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo tem sua estrutura definida no art. 6º da Lei consistindo em órgão decisório⁷.

A Superintendência Geral detém função investigatória de atuação prévia às instaurações de Processo Administrativo, enquanto que o Departamento de Estudos Econômicos exerce a atuação voltada para pesquisas e análises consultivas do mercado e do ambiente concorrencial. A Lei Antitruste, além de definir a atuação do SBDC, como exposto acima, prevê práticas abusivas à ordem econômica, bem como sanções aplicáveis.

Importa destacar, entretanto, que diversamente do que ocorre com o Código Penal Brasileiro, por exemplo, a Lei antitruste não pode adotar um conceito de tipificação da conduta, não havendo, portanto, nenhuma conduta de ilegalidade *per se*; o legislador dotou a chamada “regra de razão”. Ou seja, é necessário que, no caso concreto, avalie-se e identifique-se o dano gerado ao mercado, não se tratando de simples verificação denexo causal ou de culpabilidade, mas sim, do caso em si. Pode, inclusive, haver condutas não previstas na lei, mas que sejam gravosas ao mercado. Tal lógica é tradicionalmente utilizada nas legislações antitruste (HOVEMKAMP, 2005, p. 117).

Como exemplo da regra de razão, tem-se, dentre as práticas vedadas, o monopólio ou oligopólio, que consiste no domínio do mercado por uma só empresa ou por um grupo de empresas, sendo evidente que tal situação é prejudicial aos consumidores e ao funcionamento mercado. Entretanto, podem ocorrer situações que justifiquem tal prática, como a necessidade do monopólio natural, a exemplo do que ocorre com o de petróleo ou energia elétrica, bem como por conta de exceções legais, como na exploração, em caráter exclusivo, concedida em caráter temporário pela concessão de patente (FORGIONI, 2012, p.194-195).

Na lógica da Lei 12.529/2011 pode-se dividir a atuação do SBDC em três vertentes principais: A primeira, o “controle de estruturas” ou a análise prévia de

7 Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

atos de concentração (fusões, aquisições, incorporações de empresas), tendentes a gerar um excessivo poder de mercado ou uma estrutura monopolista. Segundo os critérios elencados no art. 88 da referida legislação, basicamente que pelo menos uma das empresas envolvidas na operação tenha faturamento bruto anual ou volume de negócios total superior a R\$ 700.000,00 (setecentos milhões), e que pelo menos outra tenha faturamento ou volume de negócios superior a R\$ 90.000,00 (noventa milhões) as empresas que objetivarem empreender um ato desse tipo necessitam comunicar ao SBDC solicitando, assim, aprovação do ato.

A segunda, o “controle de condutas”, que se relaciona mais diretamente com o objetivo desse trabalho, consistindo, assim, no acompanhamento e fiscalização do mercado para reprimir práticas tidas como ilícitos anticoncorrenciais na forma do art. 36 de Lei de defesa da concorrência. A terceira vertente, a “busca pela divulgação e conscientização de pessoas e empresas a respeito da existência da política de defesa da concorrência”.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA: TUTELA JURISDICIONAL CÍVEL DOS CARTÉIS

A Lei 12.529/2011 estabelece em seu art. 1º, parágrafo único que a coletividade é titular dos direitos tutelados pela respectiva legislação. De fato, não poderia ser diferente na medida em que, ainda que indiretamente, a todos interessa a existência de um ambiente concorrencial, em uma estrutura de mercado organizada que permita a efetividade de competição entre os agentes econômicos e os melhores resultados possíveis, sobretudo, em relação à qualidade dos produtos, serviços e preços competitivos.

Outro aspecto importante de referido dispositivo legal é a expressa remissão ao art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88. Não se pode olvidar que a defesa da concorrência faça parte de um contexto de intervenção do estado na economia, cenário esse que, por vezes, se complementa como também serve de limites aos extremos de cada âmbito contemplado, buscando promover um equilíbrio nos diversos interesses existentes nas relações de mercado (GRAU, 2004, P. 311)

É evidente a posição adotada pelo legislador constituinte foi de defesa e incentivo à livre iniciativa, erigido esse princípio a primado da intervenção

do estado na economia, estando a livre concorrência, nesse contexto, como instrumento de proteção do referido instituto. O legislador constituinte ainda reitera sua opção pela posição do estado como regulador⁸ da economia e não como explorador direto da atividade econômica, colocando no art. 173 da CRFB/88⁹ tal possibilidade como verdadeira figura excepcional.

Em verdade, observa-se que a CRFB/88 é típico fruto do paradigma do Estado Democrático de Direito que busca mesclar e avançar perspectivas dos paradigmas de Estado Liberal e do Estado Social. Daí a recorrente crítica, talvez, de contrariedade aos preceitos estabelecidos no capítulo da ordem econômica da CRFB/88 como um todo, na medida em que a prevê, ao mesmo tempo, o direito à propriedade privada e a observância do princípio da função social da mesma, o direito à livre iniciativa conjugado com o respeito ao meio ambiente, a proteção do consumidor e a proteção da livre concorrência, dentre vários outros elementos limitadores. Em verdade, as políticas estatais de intervenção no âmbito das relações privadas surgem da necessidade de efetivação do princípio da boa-fé que estabelece a prática desse elemento como pressuposto das relações contratuais. (EHRHARDT JUNIOR, 2013, p.557)

Compreendido este contexto em que se insere a defesa da concorrência destaca-se, por oportuno, que sua natureza transindividual possibilita que, a partir dos elementos da Lei 12.529/2011, sejam tutelados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, direitos que transcendem ao indivíduo nos termos do conceito estabelecido pelo art. 81 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Há, assim, na defesa da concorrência, a possibilidade de que determinada conduta seja prejudicial a todos, numa perspectiva de direito difuso; ou apenas a um mercado específico, a partir de um grupo, categoria ou classe determinada, o quê caracterizaria um direito coletivo. Em todos os casos, é possível que as práticas

8 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

9 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

lesivas à concorrência acarretem em danos e prejuízos, direitos a indivíduos envolvidos ou atingidos por certo setor da economia.

Nesta pesquisa, traz-se a discussão específica a respeito dos possíveis danos decorrentes de um cartel. A Lei 12.529/2011 traz a previsão de infrações à ordem econômica em seu art. 36¹⁰, por meio do qual estabelece como conduta passível de punição a prática de cartel assim entendida em seu § 3º, I:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Tal disposição legal tem fundamento no próprio texto constitucional, que estabelece, claramente, a vedação a qualquer tipo de abuso do poder econômico, no art. 173 § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse sentido, cartel pode ser definido como um acordo entre concorrentes com o intuito de eliminar a concorrência ou de garantir o maior lucro para os participantes em detrimento dos concorrentes, dos consumidores e da ordem econômica. Para Ivo Teixeira Gico Júnior (2007, p. 169), o significado de cartel está associado a “um acordo (...) entre ‘produtores da mesma categoria’ para suprimir a ‘livre concorrência’”. No Brasil, a busca pela prova da ocorrência do

10 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

cartel dominou por muitos anos a discussão sobre o tema. Havendo, conforme destaca Calixto Salomão Filho (2002, p. 190), uma ausência de formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, de proposição de elementos corretos, para se chegar a uma definição, e um conceito de cartel.

A lei antitruste, como já citada, segue a ótica da chamada regra de razão. Verifica-se isso também em relação às infrações à ordem econômica pela simples redação do art. 36, da Lei 12.529/2011. Entretanto, os cartéis são usualmente classificados pela doutrina como a mais gravosa infração a ordem econômica, dada a quantidade de efeitos negativos decorrentes de sua prática, a dificuldade de comprovação e punição e, ainda, a inexistência, em regra, de eficiências econômicas existentes a partir de referida conduta. (GICO Jr., 2007)

Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2005, p.358) defendem que, em relação aos cartéis, pode ser adotada a regra de ilegalidade *per se* pois a simples constatação de sua prática lesiva já é suficiente para que as autoridades adotem medidas de sanção às partes envolvidas, sem necessidade de se averiguar a regra de razão. Os danos decorrentes de um Cartel, em regra, são severos. Segundo estimativas do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹¹, apenas no que diz respeito ao aspecto de preço, em média, um mercado cartelizado ostentará preços de 10% a 20% mais caros do que se houvesse uma estrutura de efetiva competição entre os agentes envolvidos no conluio.

Tal condição é evidência suficiente para dimensionar quantas pessoas podem ser atingidas por um Cartel. Como exemplo, imagine-se a situação de um cartel de combustíveis em uma determinada cidade. Todos os habitantes daquela localidade, bem como as pessoas que eventualmente lá estejam em deslocamento, pagarão um valor mais elevado por combustível. Além disso, poderá influir em outros aspectos com reflexo no preço de transporte público, táxis, fretes, serviços de entrega, dentre outras possibilidades.

No que diz respeito aos indivíduos que se sujeitam à aplicação da Lei 12.529/2011, mais uma vez o legislador optou por uma conceituação ampla, englobando a quase totalidade dos agentes econômicos a partir do art. 31 de referida Lei (FORGIONI, 2012, p. 144). A responsabilidade pelos atos pra-

¹¹ www.mj.gov.br

ticados, conforme o art. 33da Lei 12.529/2011 será das empresas envolvidas e, solidariamente, empresas eventualmente integrantes de grupos econômicos e dos sócios e administradores que poderão, em alguns casos, responder, inclusive, com seu patrimônio pessoal por intermédio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Não se limitam, todavia, ao âmbito administrativo. Embora as sanções administrativas possam ser severas, algumas modalidades de infração a ordem econômica, como é o caso do próprio cartel¹² constituem também condutas criminosas que poderão ensejar condenação na esfera penal. Ainda, empresas e administradores também poderão responder civilmente pelos danos causados a terceiros em virtude das condutas ilícitas.

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº.8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, **bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.** (destacou-se)

O sistema de responsabilidade no Brasil adota a lógica de independência das esferas civil, penal e administrativa, em regra, somente, havendo a comunicação para finalidades específicas como compartilhamento de provas e verificação de elementos como autoria e materialidade, daí a expressa disposição no artigo citado acima sobre a possibilidade de ajuizamento de ação independentemente dos procedimentos penais e administrativos.

Destarte seja possível a comprovação da prática de uma infração como o cartel pelo particular, de modo independente de um processo administrativo no âmbito do SBDC, contudo, torna-se uma tarefa difícil dada a necessidade de encontrar e demonstrar provas concretas da existência da infração, sendo necessária,

12 Lei 8.137/90 - Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

nesses casos, uma maior profundidade na investigação, o que em geral é feito pelo CADE em conjunto com demais autoridades com poderes investigativos.

No sistema Norte-Americano¹³ também é possível que uma investigação da autoridade antitruste decorra de representações particulares como destaca Herbert Hovenkamp (2005, p. 592, traduzido pelos autores):

A execução pública da lei federal antitruste é em grande parte executada pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça ('Divisão') e pela Federal Trade Commission ('FTC'). Tecnicamente, só a Divisão tem autoridade para se envolver em execução pública do *Sherman act*. No entanto, a FTC pode trazer ações questionando métodos desleais de concorrência nos termos do § 5 da Lei Federal Trade Commision, que tem sido interpretada para incluir tudo na *Sherman act*, além de algumas práticas que não são abrangidas pela *Sherman act*. A divisão e a FTC têm competência concorrente para fazer cumprir a Lei Clayton. Uma vez que a jurisdição das duas agências se sobrepõe, eles desenvolveram procedimentos de apuramento de notificar um ao outro antes de realizar investigações ou ações de arquivamento. Se ambos são provocados a dar seguimento a um mesmo caso, as duas agências devem decidir qual vai dar prosseguimento, com base em considerações de ordem geral de experiência, disponibilidade de pessoal, e assim por diante. Se o assunto envolve a atividade criminosa provável será geralmente referida Divisão, uma vez que a FTC não tem competência criminal.

Como no Brasil a lei 12.529/2011 institui que os direitos dela decorrentes são de natureza coletiva, é possível o ajuizamento de ação para reparação de danos a título individual ou coletivo, podendo, neste caso, a ação ser proposta por quaisquer dos legitimados a ingressarem com ações coletivas, no termos do art. 82 da Lei 8.078/90, dentre os quais se destacam o Ministério Público, Administração Pública direta e indireta e associações civis. (FORGINOINE, 2012, p. 156)

Embora esta referida possibilidade conste nos dois sistemas de defesa da concorrência - Brasileiro e Americano - há evidências de que a defesa da

13 Importante destacar que nos Estados Unidos há dois órgãos federais de defesa da concorrência – o Departamento de Justiça (DOJ); e o Federal Trade Commision (FTC). Referidos departamentos se sujeitam às leis aplicáveis em especial o Sherman Act e Clayton Act, tendo competência concorrente para análise tanto de atos de concentração quanto de condutas. (HOVEMKAMP, 2005)

concorrência é mais desenvolvida tanto do ponto de vista estrutural como cultural nos Estados Unidos. Segundo relatório estatístico do *Department of Justice* – DOJ¹⁴, a maior parte das investigações em matéria concorrencial são decorrentes de representações privadas.

Neste estudo, a hipótese é a de que, no Brasil, poucas são as iniciativas privadas de combate a ilícitos concorrenciais, não havendo, assim, o costume do ajuizamento de ações, seja a título coletivo quanto individualmente, visando à reparação dos danos decorrentes de uma prática lesiva. Como destaca Paula Forgioni (2012, p. 156) é preciso um maior engajamento da sociedade e da advocacia em geral:

Se os advogados não levarem ao conhecimento dos juízes os abusos cometidos pelos agentes econômicos com posição dominante, a Magistratura não será impelida a enveredar pela matéria, prejudicando a sociedade brasileira. Advirta-se, contudo: isso somente poderá ser feito a partir do momento em que o conhecimento do direito concorrencial disseminar-se entre os advogados. A eficácia material da Lei 12.529/2011 não repousa exclusivamente nas mãos do CADE e do Ministério Público, exigindo postura ativa da advocacia nacional.

Os tópicos a seguir procurarão estabelecer uma relação entre os casos de cartel condenados pelo CADE e os eventuais ajuizamentos de ações no Poder Judiciário visando reprimir ou reparar danos de um cartel.

4. ANÁLISE DOS CASOS DE CARTEL CONDENADOS PELO CADE NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS

Adiante, serão analisados os casos de cartel condenados pelo Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos últimos 5 (cinco) anos (2009-2013). A partir dessa amostra constam casos julgados pelo sistema ainda sob a égide da legislação anteriormente aplicável, tendo a aplicação da lei mais recente sido iniciada apenas a partir de 2011. Como os fatos investigados eram pretéritos todos os atos objetos de análise dos processos trazidos para este artigo foram praticados na vigência da Lei 8.884/94, sendo aplicada a lei nova apenas no que diz respeito aos aspectos processuais.

¹⁴ Fonte: www.doj.us/antitrustdivision

Optou-se pela adoção dessa amostragem para possibilitar uma maior diversidade de casos e identificar entendimentos decorrentes de composições variadas do Conselho nos últimos anos. Aspecto interessante a ser destacado é o crescente número de casos condenados, à exceção do ano de 2011, como será apontado no sub-tópico 3.3 deste trabalho que, talvez, por conta da transição do Sistema da estrutura antiga para a atual, pode-se inferir que este fato prejudicou a efetiva atuação do sistema, tanto que poucos foram os casos julgados no referido ano pelo Tribunal. A seguir, com o fim de facilitar a compreensão dos casos, a análise será dividida ano a ano a partir de 2009.

4.1. CASOS DE CARTEL CONDENADOS EM 2009

No ano de 2009 ficou constatado apenas um caso de condenação pela prática de cartel. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.006241/1997-03. Referido processo cuidou de alinhamento de preços praticados por farmácias e drogarias situadas no Distrito Federal correspondendo, dessa forma, a cartel específico com setorização bem delimitada tanto do ponto de vista econômico como geográfico.

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
08012.006241/1997-03	Francisco Vicente P. Catunda	Farmácias e Drogarias do Distrito Federal	Produtos Farmacêuticos. Distrito Federal

Tabela 1: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2009. Fonte: www.cade.gov.br

Pode-se deduzir, a partir desses dados, um baixo índice de condenação do CADE por prática de Cartel no ano de 2009. Com base em dados disponíveis no portal eletrônico do CADE dos 18 (dezoito) processos administrativos julgados em 2009 apenas 2 (dois) resultaram em condenações concretas sendo além do já apresentado o processo nº 08012.003805/2004-10¹⁵ que condenou por prática

15 Processo instaurado em face de representação apresentada pela Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (schincariol) contra práticas da Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV). Conselheiro Relator: Fernando Magalhães Furlan.

de abuso do poder econômico. Mesmo nesse cenário é possível observar, também, que os cartéis correspondem a uma das práticas que mais movimentam o SBDC uma vez que dos 18 (dezoito) processos julgados 11 (onze) versavam sobre a possível prática de conduta cartelizada.

4.2. CASOS DE CARTEL CONDENADOS EM 2010

No ano de 2010 comparativamente ao ano de 2009 houve aumento no número de processos administrativos que causaram a condenação dos representados pela prática de cartel conforme se observa abaixo.

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
08012.009922/2006-59	Ministério Público	Auto-Escolas de Cuiabá e Várzea Grande	Auto-Escolas de Cuiabá e Várzea Grande – MT
08012.004484/2005-51	SEVA – S.A.	Siemens	Fabricação de Tacógrafos Nacional*
08012.009888/2003-70	SDE ¹ <i>ex officio</i> (denúncia anônima) ¹ Secretaria de Direito Econômico – Órgão extinto pela Lei 12.529/2011 cujas funções institucionais passaram a ser desempenhadas pela Superintendência-Geral.	White Martins LTDA; Linde Gases LTDA e outros	Comercialização e participação em licitações para fornecimento de produtos hospitalares como gases e balões de oxigênio. Nacional

Tabela 2: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2010.

*Fonte: www.cade.gov.br

Em relação ao processo administrativo nº. 08012.004484/2005-51 destaca-se que, em verdade, houve condenação da empresa representada em razão da realização de convite à cartelização da empresa representante não tendo ocorrido, nesse caso em específico, as consequências nefastas decorrentes da cartelização de um mercado.

No que tange aos demais processos, observa-se que o de nº 08012.009922/2006-59 corresponde a um cartel de âmbito local, atingindo o mercado de auto-escolas de dois municípios do estado de Mato Grosso. Em relação ao processo nº 08012.009888/2003-70 tem-se um cartel de âmbito nacional havendo um fato interessante em relação a esta conduta que corresponderá a um dos únicos casos encontrados nesta pesquisa de ação judicial voltada a obter reparação dos danos causados em decorrência da prática junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Tabela 10, adiante – Tópico 04).

Outro aspecto interessante a respeito desses dois processos é de que o primeiro se originou de representação do Ministério Público Estadual e o segundo teve início a partir de denúncia anônima junto à extinta SDE, o que ilustra a possibilidade de qualquer indivíduo procurar tanto a esfera judicial como a estrutura administrativa a fim de denunciar e impedir a continuidade de condutas como as acima observadas. Mais uma vez reforça-se o alto índice de análise da conduta de cartel por parte do SBDC uma vez que, em 2010, dos 20 (vinte) processos julgados pelo CADE 11 (onze) correspondiam a possíveis práticas de cartel.

4.3. CASOS DE CARTEL CONDENADOS EM 2011

No ano de 2011 não foi localizado nenhum processo administrativo que acarretasse condenação pela prática de cartel, conforme se observa na tabela abaixo pelo símbolo (-X-).

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
-X-	-X-	-X-	-X-

Tabela 3: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2011. Fonte: www.cade.gov.br

Tal quadro pode decorrer, em verdade, do período de reestruturação pelo qual passou o SBDC nos anos de 2011 e 2012 em decorrência da mudança de estrutura promovida pela Lei 12.529/2011 que revogou a Lei 8.884/94, conforme demonstrado no tópico 02 deste trabalho. Outro ponto que merece destaque é que como as mudanças da Lei atingiam mais diretamente as análises de Atos de Concentração – ACs, o SBDC foi muito demandado nesse período¹⁶ de transição por empresas que buscaram efetivar seus atos de concentração ainda sob a vigência da Lei antiga, fato que prejudicou a análise de Processos Administrativos de Condutas anticoncorrenciais.

Apenas a título de ilustração, observou-se que, dos 15 (quinze) processos administrativos julgados em 2011, nenhum acarretou em condenação, tendo sido, em sua maioria, processo arquivado ou prescrito. Mais uma vez, a conduta predominante é o de cartel, uma vez que desses 15 (quinze) processos 9 (nove) correspondiam a possíveis práticas da referida conduta.

4.4. CASOS DE CARTEL CONDENADOS EM 2012

No ano de 2012, ainda impactado pelas mudanças estruturais da nova Lei, o SBDC julgou com decisão condenatória apenas um processo administrativo relativo à prática de cartel conforme demonstrado na tabela abaixo.

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
08012.004702/2004-77	Degussa Brasil (Acordo de Leniência)	Peroxidos do Brasil e outras empresas	Comercialização de Água Oxigenada Nacional

Tabela 4: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2012. Fonte: www.cade.gov.br

¹⁶ Somente para que se possa ter uma ideia, segundo balanço do CADE, (2012), disponível em www.cade.gov.br, em 2011 houve 716 processos administrativos de Atos de Concentração julgados pelo CADE. Em 2012, o número foi de 825 sendo que desses, 723 foram julgados pela Lei 8.884/94 e 102 com base na Lei nova. Já no ano de 2013, o número de ACs julgados foi de apenas 103 Processos, tendo grande parte se resolvido pelo rito sumário, diretamente na Superintendência Geral.

Mais uma vez corresponde a um cartel de âmbito nacional relativo ao mercado de comercialização de água oxigenada. Aspecto relevante desse processo é que o mesmo se iniciou a partir do uso do mecanismo de Acordo de Leniência¹⁷. Em 2012 dos 15 (quinze) processos administrativos julgados pelo CADE 6 (seis) tratavam de investigação pela prática de possível cartel.

4.5. CASOS DE CARTEL CONDENADOS EM 2013

No ano de 2013 houve incremento no julgamento de processos administrativos de condutas pelo CADE. Já contando o SBDC como a nova estrutura consolidada, e com atuação eficiente da Superintendência-Geral, foram apreciados pelo CADE 37 (trinta e sete) processos administrativos dos quais 15 (quinze) correspondiam a possível prática de cartel. Dentro desse universo houve a condenação por parte do CADE em 7 (sete) processos administrativos conforme disposto em tabela abaixo.

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
08012.003745/2010-83	Associação Brasileira de Televisões por Assinatura - ABTA	Escritório Central de Arrecadação de Direito Autorais – ECAD e diversas Associações de Músicos	Fixação do valor de direitos autorais sobre músicas. Nacional
08012.004039/2001-68	Polícia Civil do Distrito Federal	Diversas Padarias de Sobradinho-DF	Venda de pães. Sobradinho-DF

¹⁷ O acordo de Leniência está previsto no art. 86 da Lei 12.529/11 e permite que o CADE firme acordo com empresas ou pessoas participantes de cartéis que estejam dispostas a cooperar totalmente com as investigações em troca de isenções de punição.

nº do Processo	Representante(s)	Representado(s)	Mercado Relevante afetado
08012.010215/2007-96	Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Caxias do Sul	Diversos Postos de Combustíveis de Caxias do Sul-RS	Venda de Combustíveis. Caxias do Sul – RS
08012.00749/2009-39	Ministério Público	Diversos Postos do município de Santa Maria - RS	Venda de Combustíveis. Santa Maria – RS
08012.004573/2004-17	Ministério Público	Diversos Postos do Município de Santa Maria – RS	Venda de Combustíveis. Santa Maria – RS
08012.011668/2007-30	Polícia Civil do Paraná	Diversos Postos dos Municípios de: Londrina, Cambé, Ibiporã e Jataí	Venda de Combustíveis. Município de Londrina – PR e Região Metropolitana
08012.003874/2009-38	SDE <i>ex officio</i>	Arcal Consultoria Gerencial LTDA e Sindicato de Centros de formação de condutores de condutores de Minas Gerais	Formação de Condutores no estado de Minas Gerais – MG

Tabela 5: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2013. Fonte: www.cade.gov.br

Dos processos acima apontados tem-se que apenas um deles corresponde a um cartel de âmbito nacional (Processo nº.: 08012.003745/2010-83) sendo que os seis demais tratam-se de cartéis que afetam locais específicos como: Município

de Sobradinho – DF; Cidades de Caxias do Sul e Santa Maria – RS; região metropolitana e Município de Londrina – PR; e Estado de Minas Gerais.

Diante desse cenário percebe-se que, na maioria dos casos, os cartéis são localizados, até havendo a ocorrência de cartéis de âmbito nacional que se tornam mais difíceis de ocorrer e de coibir, por conta da necessidade de combinação e monitoramento das práticas.

Demonstrado, assim, as condenações aplicadas pelo CADE em casos de Cartel no período 2009-2013. No tópico a seguir, procura-se analisar o efetivo uso dessa ferramenta por parte da população, por intermédio do ajuizamento de ações visando compelir a prática de Cartel ou promover a reparação dos danos experimentados.

5. LEVANTAMENTO DE AÇÕES CONSTANTES NO PODER JUDICIÁRIO VISANDO A CESSAÇÃO DA PRÁTICA DE CARTEL OU A REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTES DO ILÍCITO ANTITRUSTE

A seguir analisa-se a existência de ações ajuizadas em busca da cessação de práticas de cartel ou de reparação pelos danos experimentados em decorrência do ato ilícito perpetrado. Para essa finalidade, optou-se pela realização de pesquisa nos acórdãos, presentes nos portais eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça – STJ e dos Tribunais de Justiça de segunda instância (Justiça Estadual) de diversos estados brasileiros.

A escolha dos estados pautou-se em três critérios. Inicialmente, optou-se pela escolha de dois estados de cada região do país, contemplando assim as Regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste do Brasil; os referidos estados foram escolhidos com base no maior Produto Interno Bruto – PIB dos estados da região, registrado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2010¹⁸.

Além desses critérios, optou-se por incluir, também, estados que contavam com empresas sediadas em sua jurisdição que sofreram condenação pela prática

18 Fonte: www.ibge.gov.br

de cartel, com abrangência de mercado relevante local, nos últimos cinco anos, conforme demonstrado no tópico anterior. Dessa forma, com base nos critérios acima elencados, foram escolhidos os seguintes estados brasileiros: Região Norte: Amazonas e Pará; Região Nordeste: Bahia e Pernambuco; Região Centro-Oeste: Goiás, Mato-Grosso e Distrito Federal; Região Sudeste: Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo; Região Sul: Paraná e Rio Grande do Sul.

Foram utilizados os argumentos de pesquisa “REPARAÇÃO E DANO E CARTEL” e “DEFESA E CONCORRENCIA E CADE E CARTEL” nos sistemas de busca dos portais eletrônicos dos tribunais acima mencionados. Contudo, parte-se do pressuposto de que a metodologia de investigação escolhida não é absoluta e isenta de falhas nos seus resultados, contudo, é provável que a quantidade de acórdãos encontrados reflita uma amostra geral de cada Tribunal no que diz respeito à quantidade de ações ajuizadas que tratam dessa matéria revelando uma ideia aproximada de como tem sido conduzida a abordagem desse tema.

Cumprir destacar que em relação ao Poder Judiciário, diferentemente do que foi feito em relação aos processos julgados pelo CADE, não se estabeleceu qualquer limite temporal podendo-se, assim, observar ações judiciais propostas em qualquer tempo.

A seguir são apresentados os processos encontrados a partir do sistema de consulta empreendido. Destaca-se, por oportuno, que nos Tribunais onde não foi encontrado nenhum acórdão com base em ambos os critérios de pesquisa constará o símbolo (-X-) indicando a ausência, e nos tribunais onde foram encontrados acórdãos, estes podem ter sido decorrentes da consulta com quaisquer dos critérios de pesquisa acima expostos ou, até mesmo, por ambos, não se estabelecendo, para fins de análise, qualquer diferenciação.

5.1. PROCESSOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça – STJ é tribunal responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o país. Trata-se de órgão superior do Poder Judiciário cuja competência originária e recursal é definida pela CRFB/88¹⁹.

19 O art. 105 da CRFB/88 estabelece as competências do STJ.

Pode-se afirmar que a existência de muitos recursos sobre um determinado tema no âmbito do STJ é capaz de demonstrar com que intensidade referida matéria vem sendo abordada nos tribunais nacionais, da mesma forma, a pouca incidência de acórdãos ou recursos interpostos sobre um tema leva à percepção de que o assunto não vem sendo abordado de maneira intensa nos tribunais nacionais. A tabela abaixo indica os processos sobre o tema investigado encontrados junto ao STJ.

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
STJ	REsp 677.585/RS	Autor: MP Federal Réu: Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos e outros	“Cegonheiras” (Transporte de Veículos). Nacional	2005
STJ	REsp 650.892/PR	Autor: MP Federal Recorridos: CADE, ANP e outros	Venda de Combustíveis. Estado do Paraná	2009

Tabela 06 – Acórdãos encontrados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ.
Fonte: www.stj.jus.br

O primeiro Recurso Especial origina-se do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e trata da possível prática de cartel por empresas de transportes de veículos, conhecidas como “cegonheiras”. Relatado pelo Ministro Luiz Fux o acórdão reconheceu a legitimidade do Ministério Público Federal para atuar na defesa da ordem econômica, inclusive por intermédio de ação coletiva.

O segundo Recurso Especial também se origina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não se trata de análise específica quanto a prática de cartel mas sim de discussão sobre a necessidade ou não de participação do CADE no pólo passivo de processos que tratem da temática antitruste ou, ainda, a possibilidade de o Poder judiciário compelir a autarquia a promover atos de defesa da concorrência no âmbito administrativo.

5.2. PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO NORTE

Na região Norte foram escolhidos os Tribunais de Justiça do Estado do Amazonas (PIB 2010 R\$59 Bilhões) e Tribunal de Justiça do Estado do Pará (PIB 2010 R\$77 Bilhões). Abaixo a tabela ilustra o resultado da pesquisa:

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJAM	-X-	-X-	-X-	-X-
TJPA	-X-	-X-	-X-	-X-

Tabela 07 – Acórdãos encontrados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados do Amazonas e Pará. Fonte: www.tjam.jus.br e www.tjpa.jus.br

Não foi encontrado nenhum acórdão com base nos critérios de pesquisa utilizados fato que, embora não elimine a possibilidade de existência de ações judiciais que versem sobre a matéria no âmbito dos Tribunais da região aponta para pequena incidência da discussão dessa matéria. Outro aspecto a ser considerado é o de que em nenhum dos processos julgados pelo CADE, nos últimos cinco anos, apresentados neste trabalho constatou-se qualquer punição por cartel praticado em qualquer local da Região Norte do Brasil.

5.3. PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO NORDESTE

Na região Nordeste foram escolhidos o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco (PIB 2010 R\$95 Bilhões) e Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (PIB 2010 R\$154 Bilhões). Abaixo a tabela ilustra o resultado da pesquisa:

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJPE	-X-	-X-	-X-	-X-
TJBA	-X-	-X-	-X-	-X-

Tabela 08 – Acórdãos encontrados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados do Pernambuco e Bahia. Fonte: www.tjpe.jus.br e www.tjba.jus.br

Mais uma vez, não foi localizado nenhum acórdão com base nos critérios de pesquisa utilizados nos tribunais acima expostos. Também em relação à região Nordeste do Brasil não há registro de condenação por prática de cartel aplicada pelo CADE nos últimos cinco anos como visto no ponto 03 deste trabalho, embora haja casos de cartel punidos pelo CADE no âmbito da região²⁰ em período anterior.

5.4. PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO CENTRO-OESTE

Na região Centro-Oeste foram observados os Tribunais de Justiça do Estado de Goiás (PIB 2010 R\$97 Bilhões) e do Distrito Federal (PIB 2010 R\$149 Bilhões), também optou-se por incluir o Estado de Mato-Grosso, embora contasse com um Produto Interno Bruto menor (PIB 2010 R\$59 Bilhões), pelo fato de que, nos últimos 5 (cinco) anos houve condenação do CADE por cartel de auto-escolas nos Municípios de Cuiabá e Várzea Grande, condenação ocorrida em 2010 conforme Tabela 2 no tópico 03 deste trabalho.

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJMT	-X-	-X-	-X-	-X-
TJDFT	-X-	-X-	-X-	-X-
TJGO	AP Cível 452867-17.2007.8.09.0006	Autor: MP Estadual Réu: Diversos postos do Município de Anápolis	Venda de Combustíveis em Anápolis/GO	2012

20 “Em maio de 2007, a SDE, em cooperação com a SEAE, a Polícia Federal e o Ministério Público do Estado da Paraíba deflagraram operação em João Pessoa e Recife para obter provas de cartel no mercado de revenda de combustíveis. A operação envolveu 190 agentes, que atuaram em 26 locais de busca e cumpriram 16 mandados de prisão temporária. A operação foi chamada de ‘Pacto 274’, em referência ao preço supostamente combinado da gasolina (R\$ 2,74).” Fonte: BRASIL. Cartilha SDE (Combate a Cartéis e Programa de Leniência - 2009). Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 05/06/2014.

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJGO	AP Cível 97117-5/188	Autor: Clea Regina Muniz de Brito Réu: Coca-Cola Industrias LTDA	-X-	2006

Tabela 09 – Acórdãos encontrados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados de Mato-Grosso, Distrito Federal e Goiás. Fonte: www.tjmt.jus.br, www.tjdft.jus.br e www.tjgo.jus.br

Não foram localizados acórdãos nos Tribunais de Justiça do Estado de Mato Grosso e do Distrito Federal. No âmbito de ambos os tribunais houve condenação do CADE por práticas de cartel em âmbito local nos últimos cinco anos, em relação ao Mato-Grosso há o já citado cartel das auto-escolas, e o Distrito Federal - DF contou com dois casos: 1) Cartel de Farmácias e Drogarias do Distrito Federal (Tabela 1) e 2) Cartel na venda de pães em Sobradinho-DF (Tabela 5).

No Tribunal de Justiça do Estado de Goiás foram encontrados dois acórdãos. O primeiro trata de uma Apelação Cível no âmbito de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Estadual no Município de Anápolis por conta de possível prática de cartel na venda de combustíveis (Processo originário nº.: 200794528678); ação ajuizada em 2007, em desfavor de diversos postos de combustíveis do município.

O segundo acórdão, por sua vez, não corresponde a um processo que trate da prática de cartel, cabendo destacar que sua aparição no resultado da pesquisa deu-se por conta da similitude de termos empregados na busca de acórdãos, visto que se trata de uma Apelação Cível em processo movido por pessoa física em desfavor da Coca-Cola LTDA, pleiteando reparação de danos por equívoco na impressão de cartela objeto de promoção da empresa, não servindo, portanto, para análise do problema apresentado nesta investigação. Dessa forma, em relação à Região Centro-Oeste, encontrou-se apenas um acórdão cuja pertinência temática fosse aderente ao objeto aqui estudado.

5.5. PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO SUDESTE

Na Região Sudeste foram observados os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (PIB 2010 R\$1,4 Trilhão) e Rio de Janeiro (PIB 2010 R\$407 Bilhões), também optou-se por incluir o Estado de Minas Gerais, embora contasse com um Produto Interno Bruto menor (PIB 2010 R\$351 Bilhões), pelo fato de que, nos últimos 5 (cinco) anos houve condenação do CADE por cartel de auto-escolas no estado, condenação ocorrida em 2013 conforme Tabela 5 no tópico 03 deste trabalho.

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJSP	-X-	-X-	-X-	-X-
TJRJ	-X-	-X-	-X-	-X-
TJMG	AP Cível 1.0684.12.000030-3/001	Autor: Auto Posto Jr. LTDA Réu: Voga Comunicação LTDA	Combustíveis Veiculação de Notícia	2013
TJMG	AI 1.0024.09.709934-5/002	Agravante: IBG Industria Brasileira de Gases LTDA Agravado: Associação dos Hospitais de Belo Horizonte	Venda de Produtos Hospitalares	2012
TJMG	AI 1.0024.09.709934-5/004	Agravante: Air Liquide Brasil LTDA Agravado: Associação dos Hospitais de Belo Horizonte	Venda de Produtos Hospitalares	2012

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJMG	AI 1.0024.09.709934- 5/005	Agravante: Linde Gases LTDA Agravado: Associação dos Hospitais de Belo Horizonte	Venda de Produtos Hospitalares	2012
TJMG	AI 1.0024.09.709934- 5/006	Agravante: White Martins LTDA Agravado: Associação dos Hospitais de Belo Horizonte	Venda de Produtos Hospitalares	2012
TJMG	AI 1.0024.09.709934- 5/001	Agravante: Air Products Brasil LTDA Agravado: Associação dos Hospitais de Belo Horizonte	Venda de Produtos Hospitalares	2012

Tabela 10 – Acórdãos encontrados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Fonte: www.tjsp.jus.br, www.tjrj.jus.br e www.tjmg.jus.br (2014).

Inicialmente, destaca-se que foi com surpresa que se observou a ausência de acórdãos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que era grande a expectativa de ser o estado brasileiro que mais contasse com processos judiciais a respeito da matéria antitruste. A despeito disso, mais uma vez, fazendo com ressalvas sobre os instrumento de pesquisa, na plataforma do portal eletrônico do referido tribunal, evidenciou-se que o problema do baixo ajuizamento de ações a respeito da prática de cartéis não é exclusivo das regiões Norte e Nordeste do

Brasil atingindo também Estados como São Paulo e Rio de Janeiro onde também não foi encontrado nenhum acórdão a respeito da matéria.

Em relação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais o primeiro acórdão indicado não se relaciona com a prática de cartel, pois corresponde, em verdade, a Apelação Civil em ação proposta no intuito de reparar supostos danos decorrentes da veiculação de notícias sobre a prática de cartel, processo originário nº.: 0000303-45.2012.8.13.0684 que tramitou na comarca de Tarumirim em Minas Gerais.

Ainda no mesmo tribunal foi localizado o processo nº.: 7099345-90.2009.8.13.0024 (ajuizada em 25 de setembro de 2009) que tramita no juízo da 28ª Vara Cível da comarca de Belo Horizonte. Referido processo consiste em Ação Coletiva interposta pela Associação dos Hospitais de Belo Horizonte visando à reparação dos danos experimentados em decorrência de cartel praticado no fornecimento de produtos hospitalares pelas empresas: White Martins LTDA, *Air Liquide* do Brasil LTDA, Linde Gases LTDA (Atualmente denominada AGA S.A.), *Air Products* do Brasil LTDA e IBG Indústria Brasileira de Gases LTDA.

Citado cartel foi condenado pelo CADE (Processo Administrativo nº.: 08012.009888/2003-70) no ano de 2010, conforme consta na Tabela 2 no ponto 03 deste trabalho. A partir dessa ação judicial foram originados os 5 (cinco) acórdãos seguintes encontrados na busca realizada via portal eletrônico, correspondendo cada um a Agravo de Instrumento interposto por cada uma das empresas acionadas, conforme disposto na tabela acima (Tabela 10). Todos os agravos foram julgados improcedentes e se relacionavam a busca pela revogação da tutela antecipada concedida no âmbito do primeiro grau de jurisdição.

Dessa forma, a despeito da existência de 6 (seis) acórdãos encontrados, apenas 5 (cinco) tratam da efetiva busca de reparação de danos pela prática de cartel e todos os cinco relacionam-se com a mesma ação coletiva inicial, ou seja, dizem respeito ao mesmo cartel praticado.

5.6. PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO SUL

Na Região Sul foram observados os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná (PIB 2010 R\$217 Bilhões) e Rio Grande do Sul (PIB 2010 R\$252 Bilhões), tem-se abaixo tabela demonstrativa dos acórdãos encontrados.

Tribunal	Processo	Partes	Mercado	Ano de Julgamento
TJPR	HC 845357-2	Vagner Barboza	Venda de Combustíveis	2011
TJPR	AP Criminal 604453-9	Autor: MP Estadual Réu: Salvador Gusmão e outros	Venda de Combustíveis	2009
TJPR	AI 317406-9	Autor: MP Estadual Réu: Sindicombustiveis -PR e outros	Venda de Combustíveis	2007
TJPR	AP Cível 342374-1	Autor: Sociedade de Radiologia – PR Réu: Sul América Seguros	Prestação de Serviços Médicos – Aplicação CBHPM	2006
TJRS	AI 70020058871	Autor: MP Estadual Réu: Diversos Postos	Venda de Combustíveis	2007
TJRS	AI 70020038303	Autor: MP Estadual Réu: Diversos Postos	Venda de Combustíveis	2007
TJRS	AP Cível 70018714857	Autor: MP Estadual Réu: Diversos Postos	Venda de Combustíveis	2007
TJRS	AI 70004776589	Autor: MP Estadual Réu: Diversos Postos	Venda de Combustíveis	2002

Tabela 11 – Acórdãos encontrados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados do Paraná e Rio Grande do Sul. Fonte: www.tjpr.jus.br e www.tjrs.jus.br (2014).

O primeiro acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná corresponde a um *Habeas Corpus* impetrado, originalmente, na ação penal nº.: 0005608-12.2011.8.16.0021 que tramitou no juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Cascavel – PR, objetivando a condenação criminal por conta da prática de cartel no mercado de combustíveis. Da mesma forma, o segundo acórdão corresponde a uma Apelação Criminal no processo original nº.: 2009.00199617, ação penal interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de diversos donos de postos de combustíveis do Município de Mandaguari – PR, referida ação tramitou no juízo da Vara Única da comarca da Mandaguari.

Ainda no Tribunal Paranaense contam dois acórdãos de ações cíveis, o primeiro relativo a um Agravo de Instrumento a partir de uma Ação Civil Pública (Processo nº.: 1016/2004) interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Sindicato dos Postos de Combustíveis do Estado do Paraná – SINDICOMBUSTIVEIS-PR e diversos postos. Aspecto interessante dessa ação é que ela obteve, em sede de primeira instância, liminar judicial que determinou um limite de margem de lucro a ser observado pelos postos réus. É possível estabelecer uma co-relação entre a Ação Civil Pública, que buscava a tutela jurisdicional civil da matéria e as ações penais anteriormente encontradas visto que decorrentes do mesmo estado, embora em municípios distintos. Há ainda que ser observado que também foi aplicada, pelo CADE, condenação pela prática de cartel de postos de combustível no Estado do Paraná (Processo Administrativo 08012.011668/2007-30), caso abordado na tabela 5, tópico 03 deste trabalho.

Por fim, tem-se um caso não de cartel propriamente dito, mas em que se discute possível adoção de conduta unilateral. A apelação cível nº.: 342374-1 originada do processo nº.: 342.374-1 que tramitou no âmbito da 19ª Vara Cível da comarca de Curitiba. Trata-se de ação interposta pela Sociedade de Radiologia do Estado do Paraná em desfavor da operadora de saúde Sul América Seguros; a discussão do processo gira em torno da obrigatoriedade ou não de adoção da tabela de honorários médicos elaborada pelo Conselho Federal de Medicina estipulando patamares mínimos éticos para cobrança dos serviços. O mercado de saúde suplementar corresponde a um dos mais recorrentes na análise de condutas de infração por parte do SBDC. (LEAL; CAMINHA, 2010, p. 151).

No que tange ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram localizados quatro acórdãos. Todos os acórdãos decorrem de Ações Cíveis Públicas – ACPs

ajuizadas pelo Ministério Público Estadual em razão da prática de cartel no mercado de combustíveis.

O primeiro acórdão corresponde a Agravo de Instrumento decorrente da ACP nº.: 010/1.07.0010402-2 ajuizada em Caxias do Sul; o segundo acórdão também corresponde a um Agravo de Instrumento relativo a outra ACP nº.: 010/1.07.0010409-0, ajuizada também no Município de Caxias do Sul. Como ambas as ações foram ajuizadas de forma concomitante²¹ e tramitaram perante o mesmo juízo (1ª Vara Cível da comarca de Caxias do Sul), parece ter havido um desmembramento para fins de análise das condutas dos diversos réus. Lembra-se que o CADE também condenou diversos postos de Caxias do Sul pela prática de Cartel (Processo Administrativo 08012.010215/2007-96) - Tabela 5 do tópico 03 deste trabalho, sendo que este processo administrativo se originou a partir de ofício do Poder Judiciário, o que mostra, mais uma vez, o quão benéfico pode ser o uso do ajuizamento de ações visando a cessação de práticas de infração como os cartéis.

Os dois acórdãos seguintes correspondem, também, a duas ações civis públicas relativas à prática de cartel no mercado de venda de combustíveis no Município de Guaporé. O primeiro corresponde a uma Apelação Cível decorrente da ACP nº.: 053/0.00.0002016-3 ajuizada em 26 de maio de 2003 que tramitou no âmbito da 2ª Vara da Comarca de Guaporé e resultou na condenação de diversos postos pela prática de cartel (Julgada em 12 de julho de 2007). O segundo trata de Agravo de Instrumento em ACP nº.: 053/1.03.0002071-0, ajuizada em 29 de julho de 2002, em desfavor de diversos postos, a ação tramitou também na 2ª Vara da comarca de Guaporé.

6. CONCLUSÕES

A economia de mercado instituída sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88, exige a intervenção estatal para tentativa de promoção do equilíbrio entre a livre iniciativa e a preservação da liberdade dos agentes econômicos e os interesses sociais a serem

21 Ambas as ações foram ajuizadas em 17 de maio de 2007.

efetivados pelo Estado como valorização do trabalho humano e a dignidade do indivíduo.

Para um funcionamento eficiente e equilibrado dos mercados é essencial a proteção da livre concorrência de forma que permita, efetivamente, a existência de um equilíbrio entre os agentes econômicos nas relações de trocas promovidas, sob pena de se promover uma iniquidade e uma situação economicamente ineficiente com baixa alocação de recursos escassos e prejuízos à sociedade, em geral, em detrimento de poucos interesses privados.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, por intermédio de sua estrutura administrativa desempenha papel fundamental na efetivação e na defesa de um ambiente concorrencial equilibrado, contribuindo sobremaneira para possibilitar o desenvolvimento econômico, atrelado a ganhos de perspectivas sociais que resultem em melhorias para todos os cidadãos brasileiros. A Lei 12.529/2011 vem, assim, somar nesse cenário revitalizando a estrutura interna do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e promovendo uma maior eficiência na atuação do órgão tanto no controle de estruturas como no controle de condutas de infração à ordem econômica.

Especificamente em relação aos cartéis observa-se que, dentre os casos julgados pelo Tribunal Administrativo nos últimos 5 (cinco) anos (2009-2013), a conduta aparece como a mais recorrentemente submetida à apreciação do conselho, representando um total de 52 processos dos 105 processos administrativos analisados o que corresponde a 49,52% do total de processos de infrações à ordem econômica julgados pelo CADE neste período.

Outro aspecto relevante em relação aos cartéis é que, em sua maioria, se revelam como condutas de âmbito local, o que ocorreu em 66,66% dos casos de cartel condenados nos últimos 5 (cinco) anos pelo CADE²².

Tal perspectiva deve decorrer da maior facilidade de interação entre os participantes do conluio em mercados menores sendo certo que também há ocorrência de condenação por cartéis de âmbito nacional. Essa incidência local

22 Dos 12 (doze) Processos de condenação analisados (vide tabelas 1 a 5 – Tópico 03) 4 (quatro) correspondiam a cartéis nacionais enquanto que 8 (oito) se tratavam de cartéis locais.

dos cartéis reforça a hipótese apresentada por esta pesquisa de que a participação da sociedade civil, consciente da existência de regras de defesa do ambiente concorrencial será fundamental para aplicação concreta dos comandos normativos existentes e efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

No Brasil, ainda é pequeno o índice de ações judiciais intentadas, seja pelo Ministério Público ou por qualquer outro legitimado, visando a cessação de práticas de infração à ordem econômica ou a reparação dos danos decorrentes de tal prática, principalmente, ao se comparar a quantidade de ações ajuizadas e de condenações administrativas proferidas pelo CADE.

Em verdade, das 5 (cinco) ações judiciais cíveis encontradas²³, somente uma não correspondiam a casos já julgados pelo CADE, não se excluindo, em relação a esta, a possibilidade de a investigação ainda estar em andamento no âmbito administrativo ou ter sido apreciada em período anterior ao lapso delimitado para realização desta pesquisa de processos administrativos.

É fundamental o fortalecimento da advocacia da concorrência em todas as esferas da sociedade. Ainda em decorrência desta pesquisa, talvez um bom início de ação fosse a inclusão da disciplina de Direito da Concorrência no âmbito dos cursos de direito do país que, em regra, negligenciam a abordagem dessa matéria reservando, quando muito, um pequeno espaço dentro das disciplinas de Direito Empresarial.

Somente por meio da provocação por parte dos legitimados no art. 82 da Lei 8.078/90 ou de qualquer interessado via ação particular, o Poder Judiciário poderá contribuir eficazmente com a fiscalização e punição de práticas de infração à ordem econômica podendo verter-se em instrumento de apoio à estrutura administrativa do SBDC que, dificilmente, conseguirá atender as dimensões geográficas de um país com as dimensões geográficas do Brasil, possibilitando, assim, a ocorrência de infrações à ordem econômica ainda de forma impune.

23 Ação Coletiva TJMG 7099345-90.2009.8.13.0024 (Tabela 10); ACP TJPR 1016/2004 (Tabela 11); ACPs TJRS 010/1.070010402-2 e 010/1.07.0010409-0. Em relação às quatro ações anteriores foram estabelecidas direta relação com Processos Administrativos julgados pelo CADE, tendo como exceção a ACP TJGO 200794528678, relativa a cartel de combustíveis no município de Anápolis – GO (Tabela 09).

Outra possível discussão seria a adoção de uma estrutura descentralizada do SBDC, possivelmente, através de superintendências regionais, objetivando promover uma maior proximidade do Sistema com as diversas regiões do país, sobretudo, as Regiões Nordeste e Norte que, como visto, são as que menos contam com atuação tanto no âmbito administrativo quanto judicial.

A presente pesquisa não objetiva ser definitiva consistindo, desse modo, em um estudo exploratório para que se observe com maior cuidado e atenção a necessidade de difusão da política da concorrência junto à sociedade civil, congregando para tal a participação do Poder Público, do SBDC, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados e demais agentes que possam contribuir para o alcance de um mercado verdadeiramente competitivo e livre de ações ilícitas e perniciosas para a sociedade brasileira.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

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: 02 mar. 2014.

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 (Revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

- BRASIL. Lei n°. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.
- BRASIL. Lei n°. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.006241/1997-03**, Representante: Francisco Vicente P. Catunda, Representado: Farmácias e Drogarias do Distrito Federal. Julgamento em 07/10/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.003805/2004-10**, Representante Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A., Representado: Companhia de bebidas das Américas (AMBEV), Conselheiro Relator: Fernando Magalhães Furlan, data do julgamento: 22/07/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.009922/2006-59**, Representante: Ministério Público, Representado: Auto-Escolas de Cuiabá e Várzea Grande, Julgamento em 18/05/2005, Acórdão Publicado em 23/06/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.004484/2005-51**, Representante: SEVA – S.A., Representado: Siemens. Julgamento em: 18/08/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.009888/2003-70**, Representante: SDE *ex officio* (denúncia anônima), Representado: White Martins LTDA; Linde Gases LTDA e outros, Julgamento em 01/09/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.004702/2004-77**, Representante: Degussa Brasil, Representado: Peroxidos do Brasil e outros, Julgamento em 09/05/2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.003745/2010-83**, Representante: Associação Brasileira de Televisões por Assinatura - ABTA, Representado: Escritório Central de Arrecadação – ECAD e outros, Julgamento em 20/03/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.004039/2001-68**, Representante: Polícia Civil do Distrito Federal, Representado: Wilmar Ferreira Peixoto e outros, Julgamento em 22/05/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.010215/2007-96**, Representante: SDE *ex officio* (Ofício do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Caxias do Sul – RS), Representando: Postos de Combustíveis Caxias do Sul, Julgamento em 06/03/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.00749/2009-39**, Representante: Ministério Público, Representado: Arlindo Santos Dutra e outros, Julgamento em 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.004573/2004-17**, Representante: Ministério Público, Representado: Auto Posto Central e outros, Julgamento em 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.011668/2007-30**, Representante: Polícia Civil

do Paraná, Representado: Djalma Eugênio Guarda e outros, Julgamento em 23/10/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.003874/2009-38**, Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Representado: Sindicato dos Proprietários de Centros de Formação de Condutores de Minas Gerais (SIPROCFC/MG) e outros, Julgamento em 26/11/2013, Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp.: 677.585. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp.: 650.892. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.

CAMINHA, Uinie; LEAL, Leonardo José Peixoto. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 15, n. 1, p. 143-157, jan/abr, 2010.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Revista Pensar**, v. 18, n. 2, p. 551-586, maio/ago. 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007.

GOIAS. **Tribunal de Justiça**. Ação Civil Pública nº.: 200794528678. Disponível em: <www.tjgo.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.

GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. St. Paul: THOMSON, 2005.

- MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Processo nº.: 0000303-45.2012.8.13.0684. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Ação Coletiva nº.: 7099345-90.2009.8.13-0024. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis e Programa de Leniência**. 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- MOTA, Massimo. **Competition Policy: theory and practice**. New York: Cambridge University, 2004.
- PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. Processo nº.: 342.374-1. Disponível em: <www.tjpr.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. Ação Civil Pública nº.: 1016/2004. Disponível em: <www.tjpr.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Ação Civil Pública nº.: 010/1.07.0010402-2. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Ação Civil Pública nº.: 010/1.07.0010409-0. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 06. mar. 2013.
- SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SALOMÃO FILHO, **Calixto**. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002.

A PRIVACIDADE E A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA CIBERDEMOCRACIA NA DEMANDA DE UM NOVO PARADIGMA PARA A GOVERNANÇA ATRAVÉS DA 'REDE'

Augusto Eduardo Miranda Pinto¹

Resumo

A Internet abre um novo espaço para discussão da viabilidade da democracia direta. É tentadora a participação dos cidadãos, em algumas situações, sem intermediários e tomando para si a responsabilização na condução dos assuntos públicos. Mas, em algumas matérias poderá haver necessidade de uma maior reflexão e discussão institucional e técnica, o que seria adequado ao parlamento executá-la, e, em outras, a opinião plebiscitária teria um valor excepcional para a sua legitimação. O grande aspecto facilitador desse instrumento de comunicação é que fornece meios para que haja uma participação diferenciada dos eleitores, o que antes era impossível, tornando-se uma espécie de marco comum das experiências sociais. As comunidades baseadas nos lugares podem ser substituídas pelas fundamentadas em interesses. A difusão da informação pode produzir um crescimento da participação dos usuários nos debates acerca das necessidades locais, mas deve-se evitar um feudalismo funcional, que pode ser ameaçado por um totalitarismo plebiscitário, através de consultas repetidas e diretas, sem uma efetiva participação dialética entre os diversos grupos. Com uso das novas tecnologias de comunicação e a mitigação de aspectos da privacidade privilegiando a individualidade, tem-se oportunidade de se criar um consenso e convergência para um debate mais democrático e coletivo, proporcionando

1 Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004), mestrado em Educação Tecnológica pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca (1998), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007) e doutorado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2012). Atualmente é professor do Instituto Federal Fluminense e do CNEC, professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá, auditor fiscal do trabalho - Delegacia Regional do Trabalho Rj e chefe do setor de inspeção do trabalho - Gerência Regional do Trabalho de Cabo Frio-RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente do trabalho e urbanismo.

amplas e variadas experiências no processo de escolha, fortalecendo um ‘real’ estado democrático de direito.

Palavras-chave

Ciberdemocracia; Liberdade de expressão; Direito a privacidade.

Abstract

The Internet opens up new opportunity for discussion of the feasibility of direct democracy. It is tempting to citizens, in some situations, to act without intermediaries and take on the responsibility in the conduct of public affairs. However, in some matters one may need to have further reflection and institutional and technical discussion, which would be suitable to parliament to run on; and in other cases, the plebiscite would be of an exceptional value for its legitimacy. The most facilitator aspect of this communication tool is that it provides means for voters to participate in a different way, which was previously impossible, making it a kind of a place of social experiences. Interest-based ones can replace Place-based communities. The dissemination of information can increase user participation in discussions of local needs, but should avoid a functional feudalism, that may be threatened by plebiscitary totalitarianism, through repeated and direct consultation, without effective dialectic participation between the various groups. With the use of new communication technologies and mitigation aspects of privacy favoring individuality, there is opportunity to build consensus and convergence towards a more democratic and collective debate, providing ample and varied experiences in the selection process, strengthening a ‘real’ democratic rule of law.

Key words

Cyberdemocracy; Freedom of speech; Right of Privacy.

1. INTRODUÇÃO

A reconfiguração do espaço urbano passa pelas novas tecnologias de comunicação. Com a velocidade das trocas informacionais planetárias, modifica-se o próprio imaginário das cidades. As consequências da interação dessa ‘sociedade

em rede' com interesses comerciais privilegia o reconhecimento de direitos ligados à troca de bens e serviços. São inúmeros os instrumentos utilizados para redução do cidadão ao consumidor através do “novo doce totalitarismo do consumismo”², que busca levar as esferas pública e privada a serem absorvidas por uma relação única de produção e de troca.

A aceleração para o virtual não pode ser justificada apenas pelos impactos das novas tecnologias ou por uma dominação, em particular, de aspectos econômicos, políticos ou sociais. Trata-se de uma mutação antropológica em que há conjugação de vários fatores entrelaçando à extensão e penetrabilidade das vias informacionais, bem como o crescimento demográfico, a urbanização, o aumento da circulação de pessoas, a ascensão midiática, a globalização, a ascensão de grupos transnacionais, a integração financeira e uma juventude conectada em uma consciência multimídia.³

O novo conceito sugere a transformação de uma infraestrutura territorial e industrial clássica, para um processo tecno-social auto-organizador, através da interconexão. Enquanto o “território é definido por seus limites e seu centro. [...]. Em contrapartida, cada ponto do ciberespaço é em princípio co-presente a qualquer outro, e os deslocamentos podem ser feitos à velocidade da luz”⁴. As possibilidades técnicas desse espaço em virtude de sua fluidez podem tanto propiciar uma democracia de grande escala, como uma vigilância eletrônica que atinge o direito à privacidade.

O ciberespaço é um lugar. A gente vive nele, e ali experimenta tudo o que se experimenta no espaço real, alguns inclusive mais. Esta experiência não se passa como indivíduos isolados, imersos em um sofisticado jogo de computadores, mas como parte de grupos, em comunidades, entre desconhecidos, e entre pessoas a que se chega a conhecer e, às vezes, a apreciar, ou amar.(tradução nossa)⁵

As grandezas de espaço e tempo estão sendo redefinidas sob o efeito da alteração do paradigma da tecnologia de informação e das formas e processos sociais decorrentes do advento da cidade digital. Esta cidade é um processo que conecta

2 BARBER B., *A Passion for Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p.266.

3 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999, p. 234.

4 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 194, 195.

5 LESSIG, Lawrence. *El Código 2*. Madri: Traficantes de sueños, 2009, p. 469.

diversos serviços, espalhando-se para além dos centros regionais e para regiões menos desenvolvidas. Essa concentração e descentralização conjunta não é o mais importante, mas uma nova distribuição de poder no mundo, podendo inclusive alterar a perspectiva da lógica do velho sistema a partir de uma nova versatilidade das redes. A cidade não é um lugar, mas é um “processo por meio do qual os centros produtivos e de consumo de serviços avançados e suas sociedades auxiliares locais estão conectados em uma rede global, embora, ao mesmo tempo, diminuam a importância com suas hinterlândias, com base em fluxos da informação.”⁶

O conceito de cibercultura está atrelado ao processo tecno-social da cultura contemporânea onde as tecnologias de comunicação e informação estão transformando práticas sociais, formas de produção e consumo midiáticas, o entretenimento, a educação e a economia neste começo de século XXI.⁷

Esse novo espaço industrial se reúne em torno de fluxos de informação, ocorrendo com uma descontinuidade geográfica de maneira fluídica, com uma inovação e fabricação articulada em redes globais. Suas arquiteturas variam com movimentos constantes de cooperação e concorrência entre empresas e locais regionalizados. Uma “nova lógica espacial se expande criando uma multiplicidade de redes industriais globais, cujas interseções e exclusões mudam o próprio conceito de localização industrial de fábricas para fluxos industriais.”⁸

O espaço é a expressão da sociedade. A partir da estrutura social são constituídos sua forma e seus processos espaciais. Sua definição só existe a partir das práticas sociais. É seu suporte material em determinado tempo compartilhado. “Por práticas sociais de tempo compartilhado, refiro-me ao fato de que o espaço reúne essas práticas que são simultâneas no tempo. É a articulação material dessa simultaneidade que dá sentido ao espaço vis-à-vis a sociedade.” Em um primeiro momento, esta noção esteve ligada à contiguidade, mas a existência da simultaneidade sem dependência da contiguidade é característica das práticas sociais dominantes da sociedade da informação.⁹

6 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 476.

7 LEMOS, André (Org.). *Cibercidade: As cidades na cibercultura*. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2004, p. 151.

8 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, p. 487.

9 *Ibid.*, p. 500,501.

Uma nova forma urbana está surgindo na era de informação: a cidade informacional. Em função de sua natureza, em uma nova sociedade baseada em conhecimento, organizada em torno das redes e parcialmente formada de fluxos, ela não tem forma, mas um “processo caracterizado pelo predomínio estrutural do espaço de fluxos”.¹⁰

Este espaço de fluxo é “a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxos.”¹¹ Estes são a expressão dos processos que dominam os elementos da organização social, apresentando-se por meio de sequências e interações, através de atores sociais em uma estrutura econômica, política e simbólica. As práticas sociais estão introduzidas nas estruturas sociais dominantes e estas são construídas através de procedimentos de organizações e instituições que desempenham papel estratégico na consciência social.

A elite social tem papel fundamental na dominação da sociedade, com sua capacidade de desorganizar os diversos grupos que a compõem, de maneira a atender os interesses dominantes. A articulação da elite, combinada com a desorganização da massa, tem nessa nossa definição de espaço um papel fundamental nesse processo, como pode-se observar nas palavras de Castells:

As elites são cosmopolitas, as pessoas são locais. O espaço de poder e riqueza é projetado pelo mundo, enquanto a vida e a experiência das pessoas ficam enraizadas em lugares, em sua cultura, em sua história. Portanto, quanto mais uma organização social baseia-se em fluxos aistóricos, substituindo a lógica de qualquer lugar específico, mas a lógica do poder global escapa ao controle sociopolítico das sociedades locais/nacionais historicamente específicas.¹²

Com o advento da globalização, houve um declínio do poder do Estado-Nação e a substituição de um modelo político tradicional por um midiático, através da rede e de uma nova noção de ‘tempo real’. A compressão temporal das informações e das imagens do mundo alterou nossa forma de visualizar o futuro. “Que resta, então da importância histórica do espaço público da cidade, na era dessa metacidade em que reina a imagem pública? [...] a mundialização

10 Ibid., p. 488.

11 Ibid., p. 501

12 Ibid., p. 505.

condiciona a história presente e futura.”¹³ Com o advento da tecnologia, acelera-se o tempo real, neutralizando a extensão geográfica, apresentando um novo tipo de relevo, desdobrando a presença das coisas e dos lugares abrindo-se uma nova representação do audiovisual, em uma realidade aumentada e acelerada, além da percepção a olho nu, em uma superposição da imagem atual e virtual. É o advento de uma era de informatização e aceleração constantes, em que “o motor de ‘realidade’ do espaço virtual e programa de busca da rede das redes, em que a velocidade do cálculo toma o lugar do turbocompressor do motor automóvel, ou ainda da velocidade das turbinas e propulsores da aviação supersônica”.¹⁴

Nessa conjuntura, a cidade real com interações espaciais é substituída em algumas vertentes pela cidade virtual, que é uma metacidade desterritorializada, que demonstra estruturalmente aspectos totalitários e globalizantes. A cidade local agora é apêndice da metacidade global que, a partir de seu hipercentro virtual influencia e empurra as primeiras para a periferia, ocasionando uma busca pelas metrópoles que dispõem de acesso aos meios digitais, em um “Fenômeno metropolítico de uma hiperconcentração humana catastrófica, que suprime progressivamente a urgência de uma verdadeira geopolítica de populações outrora harmoniosamente distribuídas no conjunto de seu território”.¹⁵

A rede de internet é um espaço de espaços, um espaço de conteúdo e de relacionamentos. O utilizador desloca-se no interior do espaço como quem navega num mar sem rotas precisas, ou numa cidade sem ruas bem definidas, em que cada um realiza o seu percurso e escolhe os seus cais preferidos. Esta situação de flexibilidade no percurso tem o seu revés, ou seja, o utilizador sente-se, por vezes, perdido e muitas vezes é bombardeado com informação que não corresponde às suas expectativas e necessidades. **Este cenário denota que no momento atual o espaço imaterial, o ciberespaço, sofre de um déficit de indicadores de percursos e de sinalética que ajude o utilizador a orientar-se nos seus caminhos e a regressar a um local em que já tenha estado anteriormente. Fazendo um paralelismo com o tecido urbano material, poder-se-á afirmar que há ainda muito trabalho**

13 VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Trad. de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 114, 115.

14 Ibid., p. 117.

15 Ibid., p. 18, 19.

de planejamento urbanístico a fazer no ciberespaço. [...]. Desse modo, urge o desenvolvimento e definição de uma política urbanística e de regras de urbanidade para uma construção e expansão sustentada do ciberespaço. (grifo nosso)¹⁶

A imediatividade dessa sociedade exige aprendizado rápido, mas leva a obrigatoriedade do esquecimento também. O ciberespaço exige uma rede de fluxo inesgotável, com um ritmo alucinado de informação, onde o descarte constante é necessário para o novo que se inicia. Enquanto Castells saúda a nova tecnologia virtual como uma cura da solidão e Lévy enaltece sua característica de interação coletiva e de rede global, Bauman enfatiza “que a rede parece, de maneira perturbadora, uma duna de areia soprada pelo vento e não um canteiro de obras onde poderão se estabelecer vínculos sociais confiáveis.”¹⁷ Afirma, ainda, que as redes eletrônicas inseridas no mundo consumidor não utilizam o atributo da desconexão eletrônica como facilidade para estabelecer contato, ou de estar junto com várias pessoas ao mesmo tempo, mas abandonam a socialização face a face para inserir-se numa sociedade onde prevalece à ótica do mercado e, principalmente, o princípio de uma rejeição ao indesejado, em uma relação muitas vezes superficial, desprezando as habilidades necessárias para estabelecimentos de vínculos sociais duradouros.

Bauman enfatiza que a teorização sobre a Internet não assinala um novo meio de engajamento político e que sua conexão não proporciona efetivo avanço democrático. Pelo contrário, acarreta o abandono da política realística e aponta a um crescente ‘fetichismo da comunicação’. Ele entende que o fluxo informacional é mais um canal de indigestão do que um afluente do rio da democracia. Os servidores do mundo acumulam informação para que os internautas possam enfatizar a cultura do esquecimento como força motriz na vida dos consumidores. O debate político real se perde na política líquido-moderna, de maneira que esta não sofra influências, nem interrupções, nem confrontos, mas se manifeste apenas de modo descontextualizante e por meio de imagens. Esta dicotomia política corre em direções opostas, transformando a realidade em algo estéril, neutro e irrelevante.¹⁸

16 LEMOS, André (org), op. cit., p. 65.

17 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*.

Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 137.

18 BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 139,140.

O processo de convergência midiática com as transformações das organizações da mídia em organizações comerciais de grande escala ameaçará os direitos fundamentais da liberdade de imprensa e da intimidade do indivíduo? Hardt e Negri¹⁹ ao analisar essa nova realidade afirma que se baseia na formação de um novo ‘império’. A partir de um mercado global, de sucessivas trocas econômicas e culturais e o estabelecimento de circuitos locais de produção, surge uma nova estrutura de comando, que é a substância da política que governa o mundo. Surge um sentimento que esta nova era de globalização está se afastando dos controles políticos e que a soberania dos Estados-nação está em declínio e há quem acredite, que os canais institucionais de representação dos cidadãos se fecham de maneira que o processo de contestação e influência a este sistema está cada vez mais fracionado. O declínio dessas potências em face da desterritorialização espacial, da informatização e pela impossibilidade de regulação dessa permuta econômica e social seria o indicativo da chegada desse novo império. Mas, este mesmo poder virtual atua na potencialidade da multidão. Esse aglomerado de trabalhadores e formadores de opinião virtual se opõe à força opressiva do ‘Império’, da manifestação de um capital transacional opressivo e formador de um modelo de consumo, que retira a vitalidade e identidade das pessoas, com reflexos na representação política. São necessários a formação de uma cidadania global, e que se enfrente “a luta a pertencer a uma nação, uma identidade, a um povo, e portanto, a deserção da soberania e dos limites que ela impõe a subjetividade”²⁰ O processo de circulação informática caminha para a virtualização da multidão, na medida em que, através da circulação das informações, visa criar uma ética contra o modelo vigente. Esta ruptura através do circular e da mistura biopolítica se concentra nas atividades de produção, autovalorização e liberdade.

autovalorização do humano (o direito igual de cidadania para todos na esfera inteira do mercado mundial); como cooperação (o direito de comunicar-se, construir línguas e controlar redes de comunicação); e como poder político, ou melhor dizendo, como a constituição de uma sociedade na qual a base do poder é definida pela expressão das necessidades de todos. Esta é a organização do

19 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 11.

20 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio, op. cit., p 384.

operário social e do trabalho imaterial, uma organização do poder produtivo e político como unidade biopolítica administrada pela multidão, organizada pela multidão, dirigida pela multidão – democracia absoluta em ação.²¹

Essa nova coletividade digital se baseia em um processo contínuo de interconexão. Saímos de uma mídia televisiva, para um processo de interação informacional. Ou seja: os hábitos, os gostos, e até a linha ideológica poderão ser verificados a partir do monitoramento dos usuários. As características do fornecedor de informações poderão ser utilizadas, de modo consentido ou não, pelo Estado, pelas indústrias e até politicamente.

Estar-se-á a viver na Atenas orweliana? Um novo patamar de cidadania com a participação de todos? Através das novas tecnologias de informação a democracia de massa vem sendo transmutada em uma democracia de público, com a participação de uma considerável parte da população, podendo inclusive converter-se no ideal da democracia direta ateniense. As comunidades virtuais começam a passar uma ideia de que a Internet é um meio infinitamente mais livre, sendo possível a criação de uma “civilização isenta de tiranias, das desigualdades e das injustiças que conhecemos do mundo real, na qual seria permitido que todos [se] comunicassem igualmente com todos [...]”. É a ideia de uma nova fronteira, de um novo mundo”.²² Mas, em contrapartida, esses instrumentos informacionais determinam também uma imensa fragmentação social, através do controle de vigilância total.²³

Lévy não acredita em um fortalecimento dos regimes autoritários, conforme se posiciona a seguir.

Haverá que temer um novo totalitarismo? Respondo com resolução: não, pois a transparência generalizada em direção à qual nos dirigimos tende a tornar-se *simétrica*. A liberdade de expressão e o acesso à informação aumentam em todo o mundo e não só para os Estados e as grandes empresas. Em termos de

21 Ibid., p 433-434.

22 LEONE, Carlos(org); BEBIANO, Rui; MARTINS Ermínio. *Rumo ao cibermundo*. Oeiras: Celta, 2000. p. 136

23 RODOTÀ, MORAES (org.). *A vida na sociedade de vigilância*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

comunicação, o poder autoritário define-se pela *assimetria da visibilidade*: os dominados são transparentes, ao passo que o centro do poder permanece opaco. De igual modo, o totalitarismo caracteriza-se pelo carácter vertical e unidirecional dos fluxos de informação. (grifos do autor)²⁴

Nesse sentido, é necessário analisar os efeitos desse novo paradigma, cabendo indagar acerca da adequação da concepção clássica da proteção ao direito à privacidade. O tratamento automatizado da informação pessoal da mídia cibernética com vazamentos de informações não autorizadas acarreta efeitos significativos nas relações jurídicas dos usuários em rede, bem como consequências políticas e sociais decorrentes da penetrabilidade e da velocidade da divulgação dessas informações no cotidiano moderno, com implicações políticas e institucionais atingindo a honra subjetiva e objetiva de pessoas, empresas e instituições.

Na maior parte dos países industrializados como os EUA, Japão, Austrália, Alemanha Ocidental, etc., assiste-se a um rápido aumento do volume de dados de ordem individual que são coligidos por organismos públicos e privados. As inovações da moderna tecnologia vêm sensibilizando a opinião pública para o valor humano da vida privada que está desaparecendo na medida em que se estabelecem e desenvolvem os sistemas automáticos de colheita, computação e transmissão de dados.²⁵

A utilização dessas informações privilegiadas não ficaria somente na esfera dos conglomerados comerciais e do Estado, pois cada vez mais a globalização da mídia e da comunicação eletrônica equivale à desnacionalização e desestatização da informação, influenciando a visão política das pessoas. Apesar da necessidade, para que ocorra isenção na avaliação dos eleitores, de manutenção de certa distância dos meios de comunicação por parte dos políticos, estes acabam tendo de se submeter às regras impostas, sujeitando-se aos recursos tecnológicos da mídia, pois, sem eles, não teriam qualquer condição para obter uma ampla base de apoio. Na rede,

24 LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 39.

25 DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 43.

tais informações são passadas com maior penetrabilidade e velocidade, o que acaba gerando um novo mercado de informações destrutivas – alimentando vazamentos cuidadosamente calculados²⁶ –, que não influencia apenas na esfera política, “mas pode, sobretudo, modificar as relações entre fornecedores e consumidores de bens e serviços, reduzindo a autonomia destes últimos, de tal forma que pode chegar a incidir sobre o modelo global de organização social e econômica”²⁷

Esses perfis serão cada vez mais valiosos não somente como alimento para o marketing, mas também como produtos em si mesmos. As empresas das quais você compra mercadorias ou para as quais você trabalha se juntarão a seu vizinhos, amigos, inimigos, namorados, parentes, banqueiros, advogados e outros numerosos demais para mencionar, como ávidos compradores desse novo tipo de produto informacional. Complexos perfis individuais humanos, com vários links diretos para esses indivíduos, estarão entre os recursos mais valiosos de todo o mercado global.²⁸

O processo de convergência midiática com as transformações das organizações da mídia em organizações comerciais de grande escala ameaçará os direitos fundamentais da liberdade de imprensa e da intimidade do indivíduo, com reflexos de uma participação ilegítima no processo eleitoral?

A difusão de coletas de informações pessoais são cada vez mais amplas e de com os mais variados tipos de sujeitos, fragmentando a identidade da pessoa, que se encontra em diversos lugares, às vezes indeterminados ou mesmo intangíveis. Somos ‘pessoas eletrônicas’, presentes em dezenas de banco de dados, abstrações no ciberespaço, sem controle da formatação de perfis a nós atribuídos. Nesse sistema não desaparece a sociedade da vigilância, mas consolida-se a sociedade da classificação. “Desta forma, a pessoa a cada momento, pode tornar-se o usuário privilegiado de um serviço, o destinatário de uma particular atenção política, o alvo de uma campanha publicitária, ou o excluído da possibilidade de aproveitar determinadas oportunidades sociais.”²⁹

26 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 6a. Trad. de Klauss B. Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra. 2008. (A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 2), p. 395-397.

27 RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin (org.), op. cit., p. 62.

28 JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Privacidade.com*. São Paulo: Futura, 2000, p. 53.

29 RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin (org.), op. cit., p. 157.

Analisar essa realidade se faz necessário aos atores envolvidos, bem como verificar suas consequências em um contexto de uma formação de uma ciberdemocracia.

2. DESENVOLVIMENTO

Com o advento de uma nova esfera pública na Internet – a partir de uma maior liberdade de expressão e de um aumento de possibilidades de aperfeiçoamento, nas cidades digitais –, a democracia local, a governança eletrônica traz uma maior transparência nas relações entre os cidadãos, constituindo uma ameaça direta às ditaduras. Lévy propõe a perspectiva de um modelo democrático global, em uma unidade ecológica, técnica, midiática, comercial e financeira. Tal prática é de difícil idealização, em função da necessidade de instaurar uma lei democrática mundial e de unificar leis locais dos Estados Nacionais, impotentes para resolver os conflitos que surgem a partir das novas tecnologias. O próprio capitalismo informacional conduz a esta lei planetária, tendo em vista seus interesses quanto a um mercado mais fluido, que atenda a derrubada de barreiras geográficas, a fim de ampliar cada vez mais os horizontes de seus negócios.³⁰

Esse mercado ampliado pode se tornar mais transparente e regulado em função da Internet. Em um futuro próximo será possível regular compras em função das condições de produção dos bens e do impacto que elas poderão acarretar ao circuito ecológico, econômico e social. Já existem *sites* especializados denunciando o consumo ambientalmente irregular, ou de empresas que utilizam trabalho infantil ou escravo. O boicote de consumidores a tais empresas politicamente incorretas pode apresentar um novo compromisso global quanto ao atendimento a fins éticos e ecológicos.

Quando uma companhia tiver tomado uma decisão considerada negativa, as pessoas venderão ações desta empresa e compra-lasão da concorrente do mesmo sector. Assim poderá desenvolver-se, *caso os cidadãos do mundo o desejem*, caso decidam adotar um comportamento social e ecologicamente responsável, uma governação econômica que já não será unicamente determinada por critérios de lucro a curto prazo.³¹ (grifos do autor)

30 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 148.

31 Ibid., p 153.

Este é um modo positivo de se exercer a vontade coletiva através da *rede*, mas o mercado não pode regular exclusivamente a noção de soberania, que pode ser abordada: em relação a um modelo enfatizando os consumidores, em que estes poderiam escolher segundo seus desejos, em relação a um determinado sistema de preços, suas posses e suas necessidades atuais; e uma ideia de soberania política que deve ser pensada em bases diferentes. A participação democrática deve ser baseada não como um tipo de ‘mercado’ em que o político vende sua mensagem, mas da necessidade de representação mediante a discussão, acompanhada por um objetivo, que seria o bem público. Se confundirmos a sociedade dos consumidores com a sociedade política acabaremos com graves problemas. No primeiro caso na ótica consumista, teríamos uma visão individualista de entregar a cada eleitor o que deseja, e no segundo caso da soberania política, buscaríamos o bem social através do debate e da cultura pública, atendendo as minorias e favorecendo um autogoverno democrático. Os cidadãos não podem ser inertes a espera da realização dos seus desejos, mas há obrigações, de maneira que as deliberações prevaleçam sobre a arbitrariedade, utilizando a *rede* como um sistema de comunicação que fomente os objetivos democráticos e incentive a experiência compartilhada de todos os participantes. Deve-se evitar que tal experiência corra o risco de que cada indivíduo personalize seu universo de comunicações, criando uma visão política distorcida, visando apenas o atendimento de suas demandas. A vantagem da utilização de fóruns públicos, através de salas de bate-papo abertas, ou na própria rede social é buscar intermediários de diferentes públicos e garantir um tipo de propagação social da informação, de modo que o grupo se manifeste de maneira solidária, prestigiando não as preferências privadas, mas as públicas com uma amplitude de opiniões em condições adequadas e quantidade suficiente para um consenso não discriminatório.³²

Com frecuencia, las decisiones políticas de una nación no pueden comprenderse si sólo se consideran un proceso de implementación de los deseos de los individuos em su condición de consumidores. [...] Las elecciones que realizan los individuos como partícipes de la vida política parecen sistemáticamente diferentes de las que realizan como consumidores.³³

32 SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 52.

33 Ibid., p. 112.

No papel de cidadãos os indivíduos tratam de aspirações gerais necessárias ao debate político, enquanto que atuam diferentemente como consumidores. Os cidadãos devem encaminhar-se para os desejos altruístas, o qual difere dos interesses próprios que o mercado apresenta para o consumo. Neste processo, algumas questões como degradação do meio ambiente, aquecimento global e aumento de tarifas, ainda que pessoalmente o indivíduo tenha vantagens nestas matérias, tende a opinar pelo interesse público, em função do senso comum, rechaçando tais propostas.

A Internet pode apresentar duas visões distintas, por um lado uma visão individualista onde os internautas apresentam seus diários pessoais, ou ainda, uma abordagem com opiniões diversas a partir de uma variedade de temas, que através dos novos instrumentos tecnológicos ampliem os horizontes dos indivíduos de forma contínua, podendo gerar uma mudança cultural, onde ocorram compromissos de se estabelecer um novo paradigma de comunicação e de exercício da cidadania. Em uma república livre, a busca de um autogoverno democrático deve servir aos cidadãos e não somente a uma ótica consumista. Devem proporcionar amplas e variadas experiências no processo de escolha, a partir de temas e ideais que não alcançariam em outro contexto.³⁴

Las nuevas tecnologías ofrecen extraordinarias y cada vez mayores posibilidades de exposición a diferentes opiniones, y también brindan grandes oportunidades para compartir experiencias y sustanciales discusiones sobre política y principios. [...] **son muchas las personas [...] que pueden desarrollar un interés por temas que no elegirían de antemano y que, de hecho, desconocen por completo. Para que una democracia deliberativa funcione bien, tiene que contar con esta clase de personas.**³⁵ (grifos nossos)

Esta nova arquitetura social formada pela Internet incentiva a participação democrática e oferece uma gama de informações imprevistas que amplia as fronteiras do mundo das ideias e oferece um contato com temas inovadores. Ainda que ocorra polarização com determinados grupos e uma visão individualista a partir dos diários pessoais, há experiências compartilhadas importantes, inclusive

34 Ibid., p. 155-177, 178, 183.

35 Ibid., p. 155-156.

nas redes sociais onde problemas locais e globais são abordados, discutidos e muitas vezes, fazem com que ações corretivas sejam tomadas pelos representantes governamentais. Não há como pensar as novas tecnologias comunicacionais sem ter em conta os ideais democráticos. A visão de uma soberania dos consumidores nas decisões políticas não deve ser o único caminho, precisamos utilizar a Internet como um instrumento poderoso de inclusão e de democratização das nossas instituições republicanas.

Com a globalização, os processos econômicos estão cada vez mais unificados. Apesar de o comércio, as finanças, a ciência e a comunicação serem mundiais, as leis que regulam todas estas atividades continuam nacionais. Esta nova civilização global consubstanciada na cidade digital, não tem suas necessidades atendidas pelo Estado-Nação, com suas leis locais. Levy entende que os processos tecnológicos, econômicos e sociais em escala planetária necessitam de uma lei universal, que garanta um comércio mais harmonioso com modos de produção mais respeitadores dos direitos dos homens, passando a um nível de governança que pode ser planetário.³⁶ Esta futura lei viria de forma democrática e transparente, a partir de um novo espaço público formado na rede. “Uma das principais tarefas do futuro governo planetário será garantir os direitos e as liberdades das diferentes religiões, culturas e línguas e favorecer o desenvolvimento da *diversidade* em todas as áreas da criação”(grifos do autor).³⁷

Uma das grandes mutações – e uma das maiores esperanças – da ciberdemocracia reside na perspectiva de uma lei, de uma justiça e de um governo planetário capazes de regular a economia mundial, preservar o ecossistema terrestre e garantir a liberdade ao mesmo tempo que se esforça no sentido de reduzir a miséria e as injustiças.³⁸

Consideram-se várias formas de introdução desse novo governo mundial: poderia constituir-se a partir de um agrupamento de federações continentais ou ainda, de convenções entre organizações internacionais (MERCOSUL, UE, etc.), ou pela combinação desses dois processos. Contudo, tal medida ainda não tem condições de ser concretizada: primeiramente porque o espaço público

36 LÉVY, Pierre, op. cit., p 162.

37 Ibid., p 164.

38 Ibid., p 160.

transacional não está acessível a todos os países e a todas as camadas sociais; em segundo lugar, porque ainda existem zonas de violência e guerras civis, com ditaduras corrompidas, obstaculizando uma participação efetiva. Mesmo assim, Lévy acredita na utopia da ciberdemocracia, não considerando a lei mundial irrealizável, e também que se caminha para uma limitação dos poderes particulares, a fim de produzir as condições para uma potência coletiva criadora. Uma soberania universal elaborada pela inteligência coletiva da humanidade pode afastar a guerra e proclamar os direitos do homem, tornando irreversível a extensão do sufrágio universal e a ideia de igualdade dos sexos. Tarefa árdua que esbarra em poderosos interesses pessoais de quem detém o poder e, sobretudo de aspectos religiosos e culturais. É um processo longo, mas apresenta uma nova história.³⁹

Uma vez a paz universal instalada por um governo mundial, então sim, a lancinante questão da miséria material e espiritual talvez possa ser resolvida. A paz e a liberdade são as condições sine qua non para a prosperidade: os pré-requisitos não para o fim da história, mas para o começo da verdadeira história, a de um aprofundamento contínuo da inteligência colectiva e da construção de uma cidade alargada a todos os vivos (grifos do autor).⁴⁰

Levy afirma que a existência do Estado é necessária nesse novo contexto, pois uma de suas funções precípua é exigir o cumprimento da lei. Sem ela, nossa vida social pode ser varrida pela violência. Ela registra as evoluções positivas da sociedade e torna irreversíveis os progressos morais da humanidade. Seu estabelecimento na atualidade é feito a partir do crescimento da inteligência coletiva de modo transparente, de maneira que no futuro possa se estabelecer um conceito de Estado Mundial. Este incrementaria nas grandes metrópoles uma construção de comunidades virtuais de base territorial, encorajando novas formas de democracia participativa com incentivo às ágoras virtuais. Ademais, sua formatação encorajaria a criação de um mercado de ágoras virtuais locais, nacionais, continentais e mundiais em um contínuo debate democrático e aberto, de maneira que a maior parte dos cidadãos participasse em todas as escalas de governo, inclusive o mundial.⁴¹

39 Ibid., p 165,167.

40 Ibid., p 168.

41 Ibid., p 174, 180, 186.

Todavia, Mathias diverge. Ele acredita que ocorre um conflito na avaliação dos efeitos da Internet na vida comunitária e pública de seus usuários, entre os defensores de uma autonomia absoluta das redes, baseada na ideia de liberdade de expressão – os chamados ‘libertários’ – e os partidários de uma regulação de acordo com a tradição jurídico-política da época moderna, chamados intervencionistas, que muitas das vezes apresentam argumentos similares. O ideal é que se busque um meio-termo entre a liberdade utópica e uma regulamentação adequada aos preceitos éticos da rede. A busca por uma democracia direta, com base em um compromisso político direto do conjunto dos cidadãos, a partir dos modernos instrumentos de comunicação contemporâneos é tentadora, mas as práticas discursivas na Internet apresentam ramificações horizontais que ainda não possibilitam concretizar uma ideia de sociedade civil eletrônica.⁴²

Em função do fato de não haver uma participação estruturada nas atividades das redes informacionais é difícil se falar de uma ciberdemocracia, por não existir uma organização efetiva para este intuito. Ela se resume, por ora, a anseios individuais, não alcançando pacificação ética universal; está mais para um debate conflitivo e muitas vezes interminável. Ocorre uma luta entre os próprios ideais e um atrito entre princípios deontológicos e morais, que se manifestam em uma alternância de processos de reconhecimentos recíprocos, pelos quais se realiza uma regulação viva dos comportamentos internéticos. Não existe, na Internet, uma normalização universal e imutável; sua formatação é, muitas vezes, um caos ético indescritível e irrecuperável. Ademais, seus usuários são extremamente heterogêneos, e ela tem sido utilizada tanto como meio para o intercâmbio de saberes, como para tráfico de sexualidade e a exploração da criança e da mulher.⁴³

Mas não parece possível abandonar a ideia de que a Internet proporciona um exercício de liberdade única e aparentemente nos introduz uma nova forma de ‘vivermos juntos’, nos proporcionando instrumentos de ordem social de modo a nos abrir novos horizontes políticos. Os seus usuários introduzem um novo contexto moral: a ‘redeetiqueta’, que é formada no corpo das comunidades virtuais, chamada a se formar espontaneamente em torno de ideais humanistas,

42 MATHIAS, Paul. *La ciudad de Internet*. Tradução de Victor Pozanco. Barcelona: Edicions Bellaterra, 1998, p. 42.

43 *Ibid.*, p. 49.

que alimentam a esperança de uma transformação positiva e duradora das sociedades civis e de sua organização política.⁴⁴

A fragmentação da informação reduz as experiências compartilhadas através da *rede*, apresentando um perigo para os cidadãos de uma democracia participativa. Pode ocorrer, que com o reforço de determinadas opiniões existentes, aumente o extremismo, principalmente o religioso, e se apresente a dificuldade de trabalhar compartilhando decisões, apenas acatando a opinião de uma liderança política do grupo, que muitas vezes é imposta, e não é discutida através do consenso.

[...] si los individuos viven em um sistema em el que escogen individualmente entre innumerables opciones, basándose únicamente em sus intereses privados, no obtendrán información sobre determinados temas y opciones de los cuales quizá no se beneficiarían demasiado, pero que sí resultarían de gran provecho para lós demás. Um sistema com foros públicos e intermediários del interés general ayudará a corregir el problema. Um sistema de filtración individual ilimitada, que nos evite vérnoslas com informaciones no deseadas, bien podría generarlo.⁴⁵

Todavia, a atividade comunicadora da Internet é marcada por um princípio de desentendimento, criando novas formas de diálogos descentralizados, a partir de múltiplos pontos de vista. Essas atividades são acentuadas por um relativo anonimato na rede, o que gera uma crescente facilidade para o incremento das atividades política e sociais, embora, muitas vezes, de maneira ruidosa. Não há ordem no discurso pretendido. Ela acaba por se constituir como uma nova espécie de poder, na qual “o modo de ser dos sujeitos que se comunicam, e a realidade que geram no emaranhado do seu discurso, são essencial e não contingentemente inacessíveis, mutáveis, artificiosos e, de fato, <<etéreos>>.”(tradução nossa).⁴⁶

Mas não podemos abandonar a ideia de que a Internet proporciona um exercício de liberdade única e aparentemente nos introduz uma nova forma de ‘vivermos juntos’, nos proporcionando instrumentos de ordem social de modo a nos abrir novos horizontes políticos. Os seus usuários introduzem um novo

44 Ibid., p. 109.

45 SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 102.

46 MATHIAS, Paul, op. cit., p. 111.

contexto moral: a 'redeetiqueta', que é formada no corpo das comunidades virtuais, chamada a se formar espontaneamente em torno de ideais humanistas, que alimentam a esperança de uma transformação positiva e duradora das sociedades civis e de sua organização política.⁴⁷

O ideal é que se desenvolvam na Internet vários âmbitos deliberativos, de maneira a garantir as oportunidades de debate entre pessoas de diferentes opiniões. Tais iniciativas surgem no intercâmbio do correio eletrônico e nas listas de bate-papo. Uma das tendências neste contexto é que se fortaleça a autorregulação pensada para proteger os objetivos sociais, com consequências na busca pelos usuários da *rede* por políticas mais transparentes, por exemplo, quanto à garantia de sua privacidade.

[...] para que las democracias funcionen bien, tendrán que crear espacios e instituciones que aumenten las probabilidades de que **los ciudadanos se vean y escuchen unos a otros realmente, y tengan alguna oportunidad de alcanzar un punto de mutua comprensión.** Si queremos conservarla, una república del siglo XXI no debería perder de vista em modo alguno esta cuestión.⁴⁸(grifos nossos)

A democracia eletrônica de algum modo veio questionar a separação tradicional entre o espaço público e o espaço privado. As novas tecnologias informacionais vieram modificar substancialmente as novas concepções do espaço público na pós-modernidade. Esse espaço político estaria caracterizado por fluxos que se produziria globalmente através das redes de computadores. Castells aborda esse novo espaço de fluxos:

[...] as elites são cosmopolitas, enquanto as pessoas são locais. O espaço de poder e riqueza é projetado pelo mundo, **enquanto a vida e a experiência das pessoas ficam enraizadas em lugares, em sua cultura, em sua história.** Portanto, quanto mais uma organização social baseia-se em fluxos aistóricos, substituindo a lógica de qualquer lugar específico, mais a lógica do poder global

47 Ibid., p. 109.

48 SUNSTEIN, Cass R. *Republica.com. Internet, democracia y liberdade.* Barcelona: Paidós Iberica, 2003, p. 155-197.

escapa ao controle sociopolítico das sociedades locais/nacionais historicamente específicas.⁴⁹ (grifos nossos)

Ainda que os partidos políticos e instituições venham usando as novas tecnologias para facilitar o acesso às informações institucionais e receber petições quando as propostas legislativas de determinados grupos, em geral esta comunicação é unidirecional, e ainda quando há oportunidade de ser bidirecional, as decisões não levam em conta as sugestões oferecidas pelos potenciais eleitores, geralmente recaindo sobre as necessidades dos partidos e suas lideranças. A lógica dominante é de tratar os meios informacionais como um mecanismo que permita melhor adaptabilidade ao sistema político, mas não há uma vontade efetiva de uma mudança de paradigma, pelo receio de alteração na estrutura de poder, apegada as velhas práticas de centralização de decisões nas lideranças políticas encavacadas em seus 'domínios'. As contribuições através das listas de correio, boletins e votações eletrônicas em momentos pontuais, contribuem a realçar os aspectos mais elitistas da democracia representativa, enquanto fica em segundo plano os instrumentos democratizadores do sistema, como a transparência e a participação efetiva dos cidadãos, de maneira, que tal modelo possa manter as posições das hierarquias tradicionais no processo representativo.⁵⁰

Governos em todos os níveis usam a Internet, sobretudo como um quadro de avisos eletrônicos para divulgar sua informação sem se empenhar muito em interação real. Parlamentares costumam ter seus próprios websites, mas não lhes dão excessiva atenção, seja no seu design ou em suas respostas às solicitações dos cidadãos. Suas respostas são elaboradas por membros de sua equipe, em geral pouco diferem das que costumavam dar a cartas por escrito.⁵¹

Estas estratégias não tendem a prevalecer, neste novo contexto social a liberdade se baseia na reciprocidade, com possibilidades de inovação e articulação, estabelecendo novas regras associativas em torno de um intercâmbio político, e

49 CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede*. 11. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008, v. 1, p. 505.

50 CAROU. Heriberto Cairo. *Democracia digital: Límites y oportunidades*. Madri: Ed. Trotta, 2002, p. 102-103.

51 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 128.

gerando múltiplas possibilidades de relação e comunicação. Em contrapartida, a política se torna mais difusa, aumentando seu caráter fracionário, com uma multiplicidade de grupos isolados, o que dificulta o estabelecimento de um objeto comum. Com essa fragmentação pode se tornar difícil reconciliar o pluralismo com a justiça e afastar as novas hierarquias que surgirão a partir das organizações partidárias na rede, e que tem um forte papel.⁵²

Esta é uma evolução difícil, porque se confronta com as resistências dos tradicionais detentores do poder os quais, quando não podem mais se opor frontalmente, buscam direcionar a *electronic participation* dos cidadãos para o fortalecimento da ação comunitária e não em direção a uma ampliação de sua participação política.

A Internet proporciona um exaurimento da subjetividade e valoriza o conceito do sujeito civil. O indivíduo, em meio às sucessivas mudanças do entrecruzamento da interdiscursividade, acentua sua mobilidade e volatilidade, em alguns casos, em detrimento de aspectos de dignidade civil ou moral. Na realidade, é evidente que o ciberespaço não é um substituto eletrônico da comunidade humana como hoje entendida. Ainda, que o intercâmbio de informações gere efeitos tangíveis na ordem política e social (no 'real'), falta uma experiência mais duradoura a fim de que cibercidadãos de fato existam; até porque na Internet não há fronteiras, e não há como aspirar uma cidadania sem haver um lugar ao qual ela diga respeito.⁵³

Especular sobre as consequências sociais da revolução digital condiciona, pois, uma série infinita de afirmações e negações: imenso progresso e deplorável regressão; suposição de um indivíduo democrático e alienação de uma consciência cidadã; poderoso instrumento de aculturação ou gigantesca máquina de lobotomizar. (tradução nossa)⁵⁴

Apesar das dificuldades apresentadas é inegável que a interconexão através da *Internet* faz surgir comunidades virtuais e reais que ocupam um novo conceito de espaço público e incrementam a reflexão política com diferenciadas formas de autonomias sociais

52 CAROU, Heriberto Cairo, op. cit., p. 105.

53 MATHIAS, Paul, op. cit., p. 112.

54 NORA, Dominique. *Les conquérantes du cybermonde*, Calmann-Lévy, Paris, 1995, p. 362.

Mientras va creciendo la desafección y la desconexión de grupos, comunidades e individuos em relación com las instituciones democráticas representativas, vistas como ajenas a sus vidas y relatos, estas instituciones y sus elites siguen preocupadas por mejorar y aprovechar los viejos y nuevos médios de comunicación e información. Surgen nuevas identidades y comunidades políticas, y surgen fuera de un sistema político entendido como tradicional y cada vez más obsoleto. Pero, lo que al menos parece claro, es que em cualquier escenario de los analizados, las TIC[tecnologias informacionais de comunicação] ocupan um papel central. Esse puede ser um punto de conexão a seguir explorando.⁵⁵ (grifos nossos)

Uma sociedade heterogênea se beneficia das experiências compartilhadas e a partir destas cria uma coesão social que facilita a solução de problemas comuns e desenvolve o sentimento de cidadania. Expor a um determinado grupo informação involuntariamente recebida apresenta ao ouvinte diferentes pontos de vista e pode transformar esta comunicação em algo realmente benéfico. Incentivar a formação de fóruns públicos independentes ou substitutos adequados incentivam a formação de ideais republicanos. “Cuando un gobierno restringe la información y las oportunidades de los individuos, tende a debilitar su libertad, pues no sólo afecta a sus decisiones, sino también a sus deseos y preferencias.”⁵⁶

Na noção de democracia, há, simultaneamente, a ideia dos direitos e das liberdades, que implicam a eminente dignidade do cidadão (versão política da pessoa), e a da deliberação, do debate e da busca comum das melhores leis e, portanto, da inteligência colectiva no que tem de mais nobre: a procura de uma regra justa, imparcial, universal. Em suma, a democracia compreende, ao mesmo tempo, a ideia de liberdade e de inteligência coletiva.⁵⁷

Nesse contexto em que a implementação de uma ciberdemocracia tem um difícil caminho a ser trilhado, Lévy entende que o principal efeito da Internet é colaborar para o enfraquecimento dos ditadores. Ainda que tentativas de uma fabricação de uma Internet chinesa sejam levadas a cabo, a fluidez do sistema

55 CAROU. Heriberto Cairo, op. cit., p. 111.

56 SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 109.

57 Ibid., p. 31.

dificulta o exercício de uma censura inexpugnável, pois, ainda que possa bloquear em suas fronteiras fechadas o acesso a muitos *sites* que veiculam críticas ao sistema político nacional; não pode obstar que os usuários, em suas conversas normais através da *rede*, ainda possam debater assuntos proibidos, o que dá um perfume de liberdade e não é bom para a permanência das ditaduras.⁵⁸

O princípio da liberdade de expressão pressupõe instrumentos a serem utilizados a fim de impedir que o governo exerça à 'censura' sobre as pessoas que dele discordam. Nos Estados Unidos, o Supremo Tribunal determinou que as ruas e parques permanecessem abertos de maneira que o público pudesse exercer a palavra, com o objetivo de reunião e comunicação entre os cidadãos, para discutir assuntos políticos. Essa doutrina chamada de 'foro público' estabeleceu o direito dos oradores terem acesso aos lugares e as pessoas, de modo a exercerem o direito de 'expressão' e evitarem serem impedidos pelo governo. Mas, ainda que o Tribunal tenha dificuldade de ampliar este conceito, é inegável que os meios como a *Internet* assumiram um papel de participação política muito maior que os parques e ruas, como um novo 'locus' a exercer o direito de manifestação. A *rede* atende todos os requisitos exigidos de um foro público, garantindo o acesso a um grande número de pessoas, de grupos heterogêneos e com ponto de vistas diferenciados, que sem a utilização específica deste meio dificilmente seriam alcançadas. Estes usuários podem ainda se beneficiar de serem expostos a uma ampla variedade de opiniões, apreciando novas experiências e argumentos em uma sociedade heterogênea.⁵⁹

Um sistema que apresenta sólidos fóruns públicos e com participantes com interesses heterogêneos, se torna mais difícil o isolamento dos indivíduos e estes passam a ter contato com opiniões divergentes que não teriam se não fosse através deste meio. A internet é um instrumento que facilita este processo como uma espécie de marco comum das experiências sociais. As comunidades baseadas nos lugares podem ser substituídas pelas fundamentadas em interesses. Se as pessoas escutam uma série de argumentos acabam por seguir uma determinada direção que coincide com grupo, mas o uso das novas tecnologias de comunicação tem criado a oportunidade de consenso e convergência para um debate mais democrático.⁶⁰

58 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 64.

59 SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 37-42.

60 Ibid., p. 80-82.

A Internet abre um novo espaço para discussão da viabilidade da democracia direta. Ainda que os setores mais tradicionais venham se colocando resistentes a esta posição, é tentador a participação dos cidadãos, em algumas situações, sem intermediários e tomando para si a responsabilização na condução dos assuntos públicos. Mas, a democracia direta e indireta podem não ser excludentes, em algumas matérias haverá a necessidade de uma maior reflexão e discussão institucional e técnica, o que seria adequado ao parlamento executá-la, e em outras a opinião plebiscitária teria um valor excepcional para a sua legitimação. A difusão da informação no âmbito informacional pode-se produzir um crescimento da participação dos usuários nos debates acerca das necessidades locais, mas deve-se evitar um feudalismo funcional, que pode ser ameaçada por um totalitarismo plebiscitário, através de consultas repetidas e diretas, sem uma efetiva participação dialética entre os diversos grupos.⁶¹

O que é facilitado por este instrumento de comunicação é que fornece meios para que haja uma participação diferenciada dos eleitores que antes era impossível.

A Internet encerra um potencial extraordinário para a expressão dos direitos dos cidadãos e a comunicação dos valores humanos. Certamente não pode substituir a mudança social ou a reforma política. Contudo ao nivelar relativamente o terreno da manipulação simbólica, e ao ampliar as fontes de comunicação, contribui de fato para a democratização. A Internet põe as pessoas em contato por isso que o controle dessa ágora pública pelo povo talvez seja a questão política mais fundamental suscitada pelo seu desenvolvimento.

O aumento da transparência dos governos contribui para a renovação democrática decorrente da cidade digital, em uma via de mão dupla, pois a emergência de novos espaços virtuais tem aumentado o diálogo político. Presencia-se o surgimento de uma nova 'ágora virtual', a partir de inúmeras informações no ambiente informático de todos os partidos e de boa parte das tendências políticas abertas ao diálogo e ao debate. Nem nos salões franceses do século XIX e tampouco a abundância televisiva midiática do século XX proporcionaram uma acessibilidade tão intensa, de modo a influenciar representantes eleitos. O

61 RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin (org.), op. cit., p. 40.

grande paradoxo é que a liberdade desses locais de debates provém justamente da circunstância de serem geridos por empresas privadas, com ações cotadas na Bolsa e concorrendo mutuamente. O desfrute de tamanha liberdade política em uma comunidade financiada pelo governo, sem pressões políticas e tendências ideológicas, seria impensável. Obviamente isso não impede que, por conta de seu potencial como ferramenta na formação de opinião dos candidatos apresentados por eles, acabem por sofrer influências externas. O modelo privado, contudo, ainda é o melhor, com oferecimento livre de acesso à rede, endereço de correio eletrônico e um número de fóruns para discussões de nível satisfatório (na maioria das vezes). Geralmente, os *sites* são identificados por problemas, divididos em subproblemas, visando uma ação política e sociocultural específica a partir do que é vinculado em seu conteúdo.⁶² Sunstein ressalta que a Internet apresenta um conceito de arquitetura amplo.

Las aceras virtuales podrían, en cierto modo, ser espacios públicos mucho mejores que los pavimentados. Creo que, en su mejor versión, un sistema de comunicaciones puede ser para muchos de nosotros como el equivalente de un gran centro urbano(aunque también es más seguro, más práctico y más tranquilo). Los espacios públicos compartidos, sean virtuales o no, son mucho mejores para la democracia que las cajas de resonancia.⁶³

Lévy prevê que, em um futuro próximo, com as possibilidades trazidas pela rede, o fenômeno da busca cega por um partido terá menor chance de ocorrer, e que a procura de uma real familiaridade com as opiniões dos adversários, a partir de um debate multidisciplinar, será a tendência dominante, favorecendo o amadurecimento de uma razão política dialogante, em vez de uma monológica. Não creio que tais fatos sejam tão lineares, pois a cegueira partidária não acaba com o advento do ciberespaço, mas é evidente que a transparência se fortalece e com isso um discurso mais aberto e democrático se impõe, com menos interferência de uma mídia controladora. Nesse contexto as coligações políticas se tornam mais fluídicas e as sua organização menos hierarquizada, contrariando a formatação de poder clássica dos partidos e dos sindicatos à moda antiga.⁶⁴

62 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 119.

63 SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 155-188.

64 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 123, 140.

Com a Internet, a política torna-se um assunto doméstico: estamos <<entre conhecidos>> numa sociedade mundial transparente cujos agentes estão cada vez mais estreitamente interligados. Pensamos todos juntos na mesma rede: a da inteligência colectiva.⁶⁵

3. CONCLUSÕES

O processo de participação democrática não deve ser direcionado a partir de um tipo de ‘mercado’ em que o político vende sua mensagem como para uma sociedade de consumidores, mas através de uma discussão com seus representados, acompanhada por um objetivo, que seria o bem público. Se prevalecer a ótica consumista, teríamos uma visão individualista de entregar a cada eleitor o que deseja, privilegiando uma visão ‘hedonista’ em detrimento de uma ‘real’ soberania política, em que buscaríamos o bem social através do debate e da cultura pública, atendendo as minorias e favorecendo um autogoverno democrático.

A internet pode ser usada como uma ferramenta de comunicação que fomente os objetivos democráticos e incentive a experiência compartilhada de todos os participantes, e que através de uma propagação social da informação prestigie não as preferências privadas, mas as públicas com uma amplitude de opiniões de modo que os eleitores se manifestem de maneira solidária, facilitando a interação entre os indivíduos e possibilitando que passem ter contato com opiniões divergentes que não teriam se não fosse através deste meio. Através de um marco comum de experiências sociais, as comunidades baseadas nos lugares podem ser substituídas pelas fundamentadas em interesses.

Se as pessoas escutam uma série de argumentos acabam por seguir uma determinada direção que coincide com a opinião dominante, mas o uso das novas tecnologias de comunicação tem criado oportunidades de consenso. A internet como instrumento de participação popular, passa necessariamente por questões de manutenção da privacidade no debate público, evitando a criação de perfis específicos e a pressão de determinados grupos que prejudiquem os fóruns públicos. A discussão em rede propicia uma margem considerável de anonimato e menos exposição, o que acaba por favorecer uma distanciação da opressão da maioria no processo de participação política.

65 LÉVY, Pierre, op. cit., p. 153.

A politização da mídia, através do cotidiano, faz com que eventos sejam propagados e seus efeitos sentidos numa dimensão fora do espaço-tempo; por exemplo: o acesso a informações de eleitores, através de dados sigilosos de seus perfis, poderia ajudar determinados políticos a criar plataformas específicas para aquele público e, através desse instrumento, expressar novas formas simbólicas, nas quais sua visibilidade seria apresentada a partir desses dados, ainda que inverídicos, bem como utilizar destes para submeter pressões a determinados grupos. Sinais de uma democracia emergente também se apresentariam, através de um acesso contínuo de informações que possibilitaria aos cidadãos instrumentos para o diálogo, bem como para o exercício da cidadania, através de uma constante cobrança dos eleitos pelos eleitores, podendo se introduzir a utilização de plebiscitos eletrônicos que efetuariam a realização de consultas ao eleitorado. Assim sendo, a democracia eletrônica poderia se tornar uma democracia plebiscitária que favoreça regimes populistas, ou desenvolver-se-ia em democracia deliberativa, com cidadãos ativos aptos a participar do processo de decisão, cabe ao eleitorado decidir o melhor caminho.

4. REFERÊNCIAS

- BARBER B., *A Passion for Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- CAROU, Heriberto. *Democracia digital: Límites y oportunidades*. Madri: Ed. Trotta, 2002.
- CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. 3. reimp. Tradução de María Hernández Díaz. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- _____. *Fim de Milênio*. 5.ed. Tradução de Klauss B.Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- _____. *A galáxia da internet*. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *O poder da identidade*. 6. ed. Tradução de Klauss B.Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- _____. *A sociedade em rede*. 11.ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Privacidade.com*. São Paulo: Futura, 2000.
- LEMONS, André (Org.). *Cibercidade: As cidades na cibercultura*. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2004.
- LEONE, Carlos(org); BEBIANO, Rui; MARTINS Ermínio. *Rumo ao ciber-mundo*. Oeiras: Celta, 2000.
- LESSIG, Lawrence. *El Código 2*. Madri: Traficantes de sueños, 2009.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999.
- _____. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.
- _____. *Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 2010.
- _____. *O que é virtual*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.
- MATHIAS, Paul. *La ciudad de Internet*. Tradução de Victor Pozanco. Barcelona: Ediciona Bellaterra, 1998.
- NORA, Dominique. *Les conquérantes du cybermonde*, Calmann-Lévy, Paris, 1995.
- RODOTÀ, MORAES (org.). *A vida na sociedade de vigilância*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. *Republica.com. Internet, democracia y liberdade*. Barcelona: Paidós Iberica, 2003.
- VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Trad. de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

A VULNERABILIDADE PSÍQUICA E O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Diógenes Faria de Carvalho

Nivaldo dos Santos

Resumo

Trata-se um estudo de caso descritivo e exploratório de caráter qualitativo com dois grupos de consumidores. O primeiro grupo foi composto por consumidores, que já tiveram problemas com endividamento nas suas famílias, bem como inclusão dos seus nomes em Bancos de Dados Negativos. Já o segundo grupo foi constituído por consumidores, que fazem parte de um Grupo de autoajuda, denominado Devedores Anônimos. Destaca-se que o objetivo geral dessa pesquisa é analisar o endividamento do indivíduo e sua relação com a vulnerabilidade social e psíquica com um estudo aprofundado de um dos grandes temas do consumo, o superendividamento, que está relacionado às complexas relações entre o indivíduo e a sociedade do consumo.

Palavras-chave

Superendividamento; Vulnerabilidade; Sociedade de consumo.

Abstract

This academic work is a case study based on an exploratory and descriptive research and a qualitative description. It was done with two groups of consumers. The first group was composed of consumers who have had problems with debt in their families, and also the inclusion of their names in Banks Negative Data. The second group consisted of consumers who are part of a self-help group named Debtors Anonymous. It is important to highlight that the main goal of this research is to analyze the indebtedness of the individuals and their relationship with the social and psychological vulnerability, besides that, it will be shown a detailed study of one of the great themes of consumption, over-indebtedness, which is related to the complex relationship between the individual and the consumer society.

Key words

Overindebtedness; Vulnerability; Consumer society.

1. INTRODUÇÃO

Realizou-se um estudo de caso descritivo e exploratório de caráter qualitativo com dois grupos de consumidores. O primeiro grupo foi composto por consumidores, que já tiveram problemas com endividamento nas suas famílias, bem como inclusão dos seus nomes em Bancos de Dados Negativos. Já o segundo grupo foi constituído por consumidores, que fazem parte de um Grupo de autoajuda, denominado Devedores Anônimos.

Destaca-se que o objetivo geral dessa pesquisa é analisar o endividamento do indivíduo e sua relação com a vulnerabilidade social e psíquica, com um estudo aprofundado de um dos grandes temas do consumo, o superendividamento, que está relacionado às complexas relações entre o indivíduo e a sociedade do consumo.

Ademais, observa-se que para melhor compreender as complexas relações entre o sujeito consumidor e a sociedade moderna de consumo, realizaram-se entrevistas com os consumidores endividados abordando dois grandes eixos temáticos: Identidade/Consumismo e Endividamento/Consequências. Não deixando de considerar, é claro, elementos da Sociologia, Antropologia, Filosofia e Psicologia, porquanto o consumo possui um conteúdo simbólico e cultural.

Os dados coletados nas entrevistas com os grupos mencionados formaram o *corpus* deste trabalho. As entrevistas tiveram seus dados investigados a partir da análise de discurso de Lane (1985) que trabalha, tal como na análise de conteúdo, com unidades linguísticas superiores à frase (enunciados), considerando o contexto onde essas unidades linguísticas são proferidas. Essa técnica permite detectar os núcleos de pensamento presentes nas representações dos sujeitos, o que facilitou a elucidação dos fatores que compuseram o discurso dos entrevistados, fornecendo, assim, respostas às questões levantadas¹.

1 Os números 1 e 2 representaram os participantes do *Grupo 02* – Consumidores/ Devedores Anônimos - e os números 3, 4, 5 e 6 os participantes do *Grupo 01* - Consumidores/ Trabalhadores.

2. A SOCIEDADE DE CONSUMO OU A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES

A sociedade de consumo é vista como a sociedade da opulência, uma vez que em volta existe uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objetos, dos serviços e dos bens materiais. Segundo Baudrillard (2010) trata-se de um fenômeno característico das sociedades desenvolvidas da segunda metade do século XX.

Uma sociedade em que a lógica do consumo de massa alterou o universo das prescrições moralizadoras e erradicou os imperativos coativos, engendrando uma cultura em que a felicidade se sobrepõe a tudo. Representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista. Zigmunt Bauman (2008a) a denomina como sociedade de consumidores. E para a descrição da mencionada sociedade, utiliza a figura da liquefação em contraposição à solidez das épocas passadas, a sociedade de consumidores em oposição à sociedade de produtores.

Em *Modernidade Líquida*, Bauman (2001) apresenta as transformações sociais que acontecem na sociedade moderna, no campo das relações humanas e de trabalho, instituições sociais, vida pública e privada. Para Bauman (2008a), a solidez das instituições sociais sucumbe irreversivelmente para a liquefação. As consequências são vistas pelos indivíduos contemporâneo-líquidos, pois a dinâmica das transformações sociais dissolve laços afetivos e sociais em grande velocidade. A liquefação das estruturas sociais revela uma sensação de liberdade, pontuada por emblemas como a provisoriedade e o desaparego. Nesta sociedade líquida caminha-se para a individualização das relações sociais, até o ponto em que a satisfação seja alcançada de imediato e sem a necessidade de interação com os demais, reforçando a noção contemporâneo-líquido de liberdade.

A fluidez ou liquidez são metáforas empregadas para captar a natureza dessa fase, na história da contemporaneidade. Os fluidos se movem, escorrem, respingam, transbordam, vazam, inundam; são filtrados, destilados, borrifados; diferentemente dos sólidos, que dificilmente são alterados. Deste modo, a fluidez contemporânea fica associada à ideia de leveza, fragilidade, descartabilidade, mobilidade e adaptação da sociedade atual.

No contexto da Contemporaneidade há um desprendimento da ideia de conservação e durabilidade. E a individualização das relações acaba por dar causa à doenças típicas dos tempos contemporâneos, como fragilidade dos laços afetivos, abandono familiar, solidão, depressão, transtornos bipolares e consumistas (“Eu me isolava, queria dormir o dia inteiro”²).

Não há compromisso como, por exemplo, com a permanência e a durabilidade. Legados familiares, poupanças, amores antigos, tudo parece só ter valor quando na liquidez, ou seja, na circulação (“Se você não tiver dinheiro e não puder acompanhar os amigos, a amizade acaba, não adianta!”³).

Observemos o fluxograma a seguir⁴:



Neste cenário, Bauman (2008a) apresenta a ascensão do consumo como grande norteador social da atualidade e explica o cotidiano da sociedade de consumo,

2 Resposta ofertada pelo entrevistado n° 1 à seguinte pergunta: “Você já sentiu algum sintoma físico, decorrente da situação de endividado?”

3 Resposta ofertada pelo entrevistado n° 3 à seguinte pergunta: “Para você, o dinheiro determina as amizades?”.

4 A análise do discurso foi elaborada partindo-se da seguinte pergunta: “Você sofreu uma reconfiguração das suas relações sociais, após o endividamento? Você se afastou do convívio social? Já passou por estados emocionais favoráveis ao isolamento e à desmotivação pela vida em grupo?”. (Gráficos reproduzidos pelo aluno do curso de Direito, da Universidade Federal de Goiás: Murilo Teixeira Borges, monitor da disciplina Direito do Consumidor)

deixando clara a relação entre essa liquefação e o consumo, demonstrando que o indivíduo estabelece relações humanas apenas na medida em que consome. Podendo levar até ao fetichismo da mercadoria. Esse fetichismo Marxiano é lembrado por Bauman (2008e) como uma das maiores influências sociais atuais, condicionando o sentimento de pertença dos indivíduos na sociedade de consumo à constante atualização. Neste sentido, o próprio consumidor torna-se a mercadoria:

Devemos recordar, contudo, que numa sociedade de consumidores, em que os vínculos humanos tendem a ser conduzidos e, mediados pelos mercados de bens de consumo, o sentimento de pertença não é obtido seguindo-se os procedimentos administrados e supervisionados por essas tendências de estilo aos quais se aspira, mas por meio da própria identificação metonímica do aspirante com a tendência. O processo de auto-identificação é perseguido, e seus resultados são apresentados com a ajuda de marcas de pertença visíveis, em geral encontráveis nas lojas. Nas tribos pós-modernas (como Maffesoli prefere denominar as tendências de estilo da sociedade de consumo), figuras emblemáticas e suas marcas visíveis (dicas que sugerem códigos de vestuário e/ou conduta) substituem os totens das tribos originais. Estar á frente, portanto, os emblemas das figuras emblemáticas da tendência de estilo escolhido por alguém de fato concederia o reconhecimento e a aceitação desejados, enquanto permanecer à frente é a única forma de tornar tal reconhecimento de pertença seguro pelo tempo pretendido (BAUMAN 2008a, p.108).

Reforçando a tese de que os indivíduos são as mercadorias, Bauman (2008a) explica que a incessante necessidade de consumo vai além da aquisição de produtos e de bens materiais. Mas, consomem, também, valores, aparências, hábitos e estilos de vida quando vistos como consumidores na sociedade líquido-moderna (“O cartão de crédito tinha algo que me dava uma sensação de... status, sabe?! Eu sentia que estava no poder!”⁵).

Bauman (2009) identifica que a sociedade de consumo tem a premissa de satisfazer os desejos humanos de uma forma que nenhuma sociedade do passado

5 Resposta ofertada pelo entrevistado n° 2 à seguinte pergunta: “A sua prática de consumo é importante para quem? Como? O fato de comprar/consumir traz momentos de prazer? Quais? Só com coisas específicas?”.

pode realizar. E para ele (2009, p. 105) “a promessa de satisfação, no entanto, só permanecerá sedutora enquanto o deseja continuar irrealizado; o que é mais importante, enquanto houver uma suspeita de que o desejo não foi plena e totalmente satisfeito”.

A sociedade de consumo consegue tornar permanente a não-satisfação e acrescenta:

A não satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato visando a satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado – são esses os anúncios da economia que têm por alvo o consumidor [...] Uma forma de causar esse efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido alcançados ao universo dos desejos do consumidor. Uma outra forma, ainda, mais eficaz, no entanto, se esconde da ribalta; o método de satisfazer toda necessidade/desejo/vontade de uma forma que não pode deixar de provocar novas necessidades/desejos/vontades o que começa como necessidade deve terminar como compulsão ou vício. E é isso que ocorre, já que o impulso de buscar nas lojas e só nelas, soluções para os problemas e alívio para as dores e ansiedade é apenas um aspecto do comportamento que recebe a permissão de se condensar num hábito e ainda é avidamente estimulado a fazê-lo (BAUMAN, 2009, p.105-106).

A vida Contemporânea-líquida é uma vida de consumo, que impõe aquisição de novos produtos e mudanças nos hábitos de vida dos consumidores, essa condição sem a qual o consumidor não é aceito pelo grande grupo (“Quando eu compro roupa de grife, alguma coisa cara, eu sinto que sou poderosa, que eu tenho valor. Consumo para preencher um vazio!”⁶).

A busca pela pertença dos consumidores contemporâneos - líquidos está calcada na necessidade de segurança da sua posição social, ressoando como autoconfiança e autoestima e todo mundo busca ansiosamente a aprovação, a admiração ou o maior nos olhos dos outros. Entendendo que as bases para autoestima podem ser fornecidas pela aprovação e admiração de outros, o que pode resultar na fragilidade do indivíduo.

6 Resposta ofertada pelo entrevistado n° 1 à seguinte pergunta: “O que é ser consumista para você? Você se considera consumista?”.

Em mal-estar da civilização, Bauman (1998, p.36/59) esclarece que “neste mundo, os laços são dissimulados em encontros sucessivos, as identidades em máscaras sucessivamente usadas, a história da vida numa série de episódios cuja única consequência duradora é a igualdade efêmera da memória”. Assim, reforça a fragilidade dos laços humanos que buscam reconhecimento e aprovação a todo custo dentro de uma lógica consumista, “o reconhecimento é como o falso coelho numa caçada: sempre perseguido pelos cães, jamais preso em suas mandíbulas”.

A sociedade de consumo ou de consumidores trata-se da sociedade que busca a resposta à pergunta “por que consumimos?”. E para tal indagação, encontramos uma série de respostas amplamente aceitas, que vão da satisfação de necessidades até a emulação dos outros, a busca narcísica pelo prazer, a defesa, a afirmação, o reconhecimento, a identidade, a afirmação de um *status*. O consumo e a sociedade de consumo estão estreitamente ligados ao consumismo contemporâneo, mesmo significando mascaramento por causa dos múltiplos papéis desempenhado na sociedade contemporânea.

3. O CONSUMISMO

Como Lowy (2005, p. 102) sobre a visão moderna do processo histórico, a ideia de ‘tempo da necessidade’ foi substituída por ‘tempo de possibilidades, tempo aleatório’, ou seja, inúmeras oportunidades imprevistas aparecem a todo instante e que se tornam golpes inesperados. Esse tempo na sociedade de consumidores não é recorrente nem unidimensional (linear), como costumava ser para os membros de outras sociedades, segundo Michel Maffesoli (2000) ele é pontilhista ou pontilhado⁷.

O tempo pontilhista é aquele marcado pela abundância de rupturas e descontinuidades, por espaços que separam pontos sucessivos e irrompem os vínculos entre eles. Um tempo incongruente e pouco coeso, com muitas possibilidades, fragmentado ou mesmo pulverizado numa diversidade de “momentos perenes”.

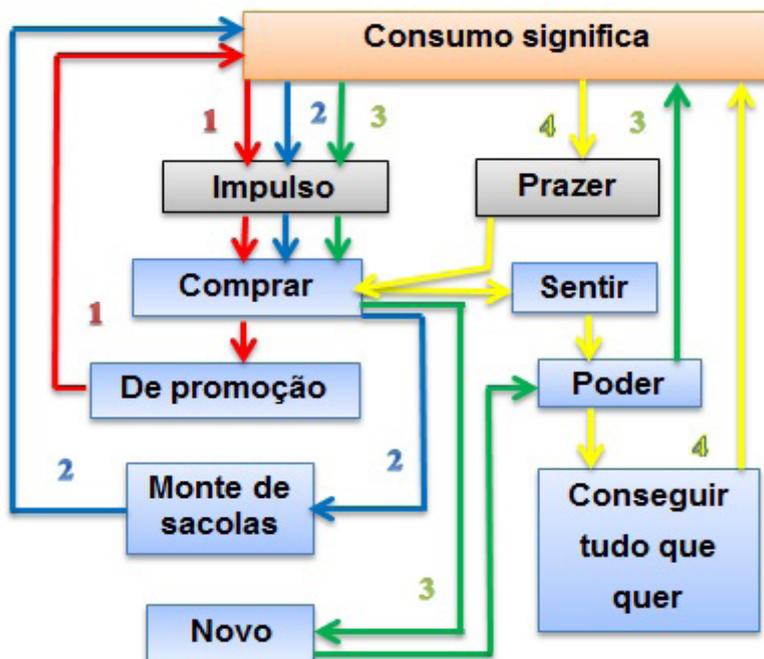
Insta salientar que a sociedade de consumo aprofundou as desigualdades sociais, tendo em vista que a capacidade ou não de consumir é um dos critérios

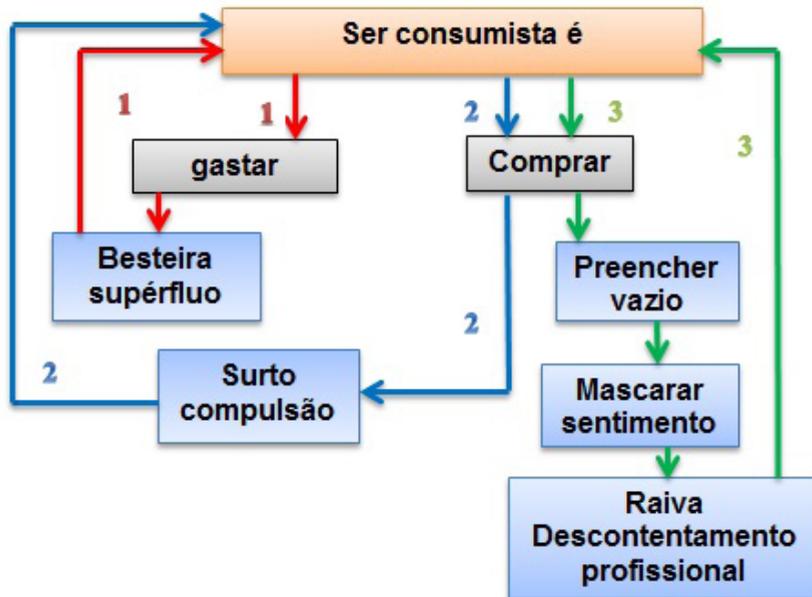
7 Seria o equivalente a uma fila de formigas, em que elas representam os pontos (são as mudanças de estilo, as novas tendências) e a fila propriamente dita representa a nossa vida.

para a inclusão ou exclusão social; consequência também de uma forte influência capitalista. Fazemos parte de uma sociedade de consumidores, que julga e avalia seus integrantes principalmente por sua capacidade e conduta relativa ao consumo.

Tendo em vista o fato dessa sociedade contemporânea e consumista ser manipulada, observa-se que através do consumismo as pessoas passam a oferecer a si mesmas pequenas felicidades como compensação pela falta de amor, de laços e de reconhecimento. Em conformidade com (LIPOVETSKY, 2012, p.56): “Quanto mais os laços sociais, interindividuais se tornam frágeis ou frustrantes, mais triunfa o consumismo, como refúgio, evasão e pequena aventura”. De maneira distinta do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o consumismo é um atributo da sociedade.

Observemos o que os entrevistados entendem por *consumo* e *consumismo*:





Não obstante levarem-se em consideração os “núcleos de pensamento”, acima apresentados, pondera-se que consumismo é como um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força. Segundo Bauman (2008a, p.41): “coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo”.

O consumismo chega quando o consumo assume o papel-chave que era exercido pelo trabalho, na sociedade de produtores. Nessa sociedade, valorizava-se a prudência, a durabilidade e a segurança. Todavia, o desejo de segurança e os sonhos de um “Estado estável”, definitivo não se ajustam a uma sociedade de consumidores:

No caminho que conduz a esta (sociedade de consumidores), o desejo humano de estabilidade deve se transformar, e de fato transforma-se de principal ativo do sistema, em seu maior risco, quem sabe até potencialmente fatal, uma causa de disrupção ou mau funcionamento. Dificilmente poderia ser outro jeito, já que os

consumidores, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associam a felicidade não tanto a satisfação de necessidades (como suas “versões oficiais” tendem a deixar implícito), mas a um volume e a uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos desejos destinados a satisfazê-la. Ela combina, como Don Slater identificou com precisão, a insaciabilidade dos desejos com a urgência e o imperativo de “sempre procurar mercadorias para se satisfazer” (BAUMAN, 2008a, p.44).

Novas necessidades exigem novos desejos; o consumismo de hoje, não diz respeito à simples satisfação das necessidades, mas das necessidades de identificação e aprovação pelos outros, um desejo sempre fundado na comparação, vaidade, inveja e necessidade de inclusão no grupo. O entrevistado nº 1, pertencente ao grupo dos Devedores Anônimos, admite que quando compra “roupa de grife, roupa de marca”, se sente melhor do que as outras pessoas. “É a aparência!”, ressalta.

Os bens de consumo são meios ou instrumentos utilizados para a obtenção desta admiração padronizada pelo outro, num contexto social contemporâneo. O ritmo imposto pela cultura de consumo acaba por criar falsas necessidades que alimentam o desejo do sujeito alienado na busca pelo objeto de consumo. Sem dúvida, os desejos alienados de consumo, uma vez satisfeitos, são rapidamente substituídos por outros através do ritmo incessante do consumismo.

Para alcançar tal ritmo, foi necessário sugerir a capacidade individual de almejar alguma coisa, fosse ela externa, que aliena os consumidores, ou não. Advindas da mídia e da sociedade como um todo, impõem-se aos consumidores parâmetros que induzem no traçado das estratégias individuais de vida, visando manipular probabilidades de escolha e condutas individuais, as quais podem ser um excesso e um desperdício econômico.

O consumismo também é, por essa razão, uma economia do engano. Ele aposta na irracionalidade dos consumidores, e não na sua capacidade de discernimento, aguça emoções consumistas e não estimula o uso da razão. Logo, quando ocorre o excesso e o desperdício na economia, o engano não é um sinal de problema, muito pelo contrário, é o equivalente a sua boa saúde e de que os negócios estão indo de vento em polpa.

Bauman (2008a) explana que, na era sólido-moderna de produtores, havia incentivo ao acúmulo de bens duráveis, resistentes e imunes ao tempo; a satisfação residia na promessa de segurança e longo-prazo e o consumo excessivo era sinal de imprevidência. Noutro giro, a sociedade líquido-moderna, fundamentada na existência de consumidores, há uma transformação dos desejos humanos, da estabilidade e da saciedade. A prosperidade desvincula-se da ideia de satisfação das necessidades e passa a atrelar-se a um volume e a uma intensidade de desejos crescentes, o que gera o uso imediato e a rápida necessidade de substituição dos objetos utilizados. Observando-se, destarte, o consumismo.

Passou-se a ‘viver com’, e não mais ‘viver para’. Conforme assinala Frank Monrt (2006, p. 255), de acordo com os relatórios trimestrais do *Henley Centre for Forecasting*⁸. Nos primeiros lugares da lista encontram-se os prazeres preferidos, que foram ocupados por passatempos disponibilizados principalmente por meio de formas de abastecimento baseadas no mercado: fazer compras pessoais, comer fora, etc. Já ao fim da lista apresentam-se a política – ou ir a uma reunião política – e fazer uma visita ao circo como as atividades que o público britânico tinha menor probabilidade de fazer.

A ideia de felicidade pode vir desvinculada da ideia de satisfação das necessidades, passando a ser atrelada a concepções de aspirações sempre crescentes, o que provoca o uso imediato e a célere permuta dos objetos destinados a satisfazê-la. Novas necessidades exigem novos produtos, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos, tornando-se um ciclo vicioso.

Assim, para a lógica deste modelo social têm-se consumidores, que a cada dia mais rápido desfrutam e posteriormente descartam objetos, e que estão sempre prontos para mobilizar a economia (“Meu amigo, é de Deus... é uma felicidade!”⁹). Por outro lado, nos deparamos com os consumidores “falhos” ou “fracassados”, aqueles sem condições de movimentar os círculos da economia de consumo.

A sociedade de consumidores promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida totalmente voltado para o modo de ser “agorista”. As empresas

8 Organização de *marketing* que atende às indústrias de consumo com informações a respeito de mudanças no padrão de uso do tempo de lazer por seus potenciais clientes britânicos.

9 Resposta ofertada pelo entrevistado nº 6 à seguinte pergunta: “Quando você se vê impedido de consumir, a possibilidade de um empréstimo lhe dá qual sensação?”.

rejeitam qualquer opção alternativa, empregando o treinamento e as pressões cada vez mais cedo, com refinadas técnicas que incentivam o consumo desenfreado desde a infância. Bauman (2008a) transcreve um exemplo em que fica claro o objetivo das empresas em educarem seus clientes potenciais desde a infância e ao longo de sua vida de consumo:

A Mattel, por exemplo, empresa que inundou o mercado de brinquedos com a boneca Barbie, alcançando 1,7 bilhão de dólares em vendas apenas no ano de 1996, prometia às jovens consumidoras que lhes venderia a próxima Barbie com desconto se levassem de volta para a loja a boneca em uso, quando ela estivesse “gasta” (BAUMAN, 2008a, p.132).

Para fazer parte desta sociedade é preciso ser consumidor por vocação, consumidor de fato e de direito, ocasião em que o consumo passa a ser um guia das escolhas enganosamente livres, impregnadas de conteúdos pré-determinados. Não existe diferença de classes, gênero ou idade, todos precisam gastar para manterem-se em posições socialmente aceitas.

O consumismo contemporâneo está relacionado ao significado de consumir em relação à afirmação, à confirmação, ou até mesmo à construção da identidade e que o eu contemporâneo ou pós-contemporâneo é excepcionalmente aberto e flexível. Isso é o mesmo que dizer que as pessoas, ao fazerem uso da grande e constante oferta de novos produtos na sociedade de consumo moderna, estão regularmente engajadas no processo de recriar a si mesmas. Para Barbosa e Campbel (2006, p.50): “o fato é que o senso de identidade de um indivíduo não é mais claramente determinado, como já foi, por sua filiação a determinada classe ou *status* de certos grupos, apesar de aceitar que o consumismo é fundamental para o processo pelo qual os indivíduos confirmam ou até criam sua identidade”.

Campbel (2006) quando discute o ato de fazer compras, diz que é uma das maneiras do indivíduo procurar por ele mesmo e por seu lugar no mundo. Uma explicação seria porque fazer compras é essencialmente uma experiência íntima e pessoal. Comprar é pôr para fora a personalidade através de diversas possibilidades, enquanto se decide o que se precisa ou deseja. Comprar consciente é procurar internamente, através da memória e do desejo. Fazer compras é um processo interativo, passível de diálogo, não só com as pessoas, lugares e coisas,

mas também com parte de si mesmo. Um processo dinâmico, reflexivo e revelador, capaz de dar forma.

Nessa perspectiva, se discute a compulsão por compras, além de discutir o fazer compras como um processo pelo qual os indivíduos resolvem o seu problema da identidade pessoal, ou seja, um processo de busca, uma atividade vital que vai muito além das associações tradicionais do comprar ou do ter, mas do ser. O entrevistado n° 4, pertencente ao grupo dos consumidores/trabalhadores, diz que “nem pensa nas consequências” quando deseja comprar alguma coisa, não avalia suas condições financeiras. “Eu vou lá e compro, dou um jeitinho para pagar depois”, assevera.

Uma das características do indivíduo consumista é viver permanentemente com o problema da identidade não resolvida. Campbell (2006), assim observa:

Sugeri anteriormente que o consumo, e mais especificamente talvez o fazer compras, poderia ser visto como um processo pelo qual os indivíduos resolvem o “problema” da identidade pessoal. Eles descobrem que estão “monitorando” suas reações a vários produtos e serviços, estabelecendo, assim, seus gostos e desejos específicos. Mas, como os pós-modernos gostam de salientar, na sociedade contemporânea, os indivíduos mudam de gostos e preferências à medida que, seja por seguirem a moda, seja por buscarem um *status* mais elevado, passam pelo processo de recriarem. Isso parece contrariar a hipótese de que o consumo permite que as pessoas descubram quem elas realmente são; se já descobriram a resposta para essa pergunta, por que deveriam trocar uma identidade específica por outra? [...] O primeiro ponto crucial a ser apreciado é que as pessoas na verdade mudam seu padrão de gosto ou preferências, isso não representa uma mudança na maneira pela qual a identidade é reconhecida ou concebida. Trata-se ainda do *self* sendo definido pelo desejo, ou de nosso perfil sendo traçado por nossas preferências. A esse respeito, a muito enfatizada variabilidade e mutabilidade do conteúdo percebido da identidade não é tão significativa quanto da continuidade manifestada no processo envolvido nessa descoberta [...] Isso porque o consumo, que, no sentido aqui tratado por mim pode ser visto como uma atividade que envolve a exploração do *self*; também pode ser visto como uma resposta à insegurança ontológica ou à angústia existencial. (BARBOSA E CAMPBELL, 2006, p. 56).

Pelos estudos de Campbell (2006), à medida que se vive numa cultura que adota uma “ontologia emocional” e, conseqüentemente, confere uma grande importância ao consumo, buscamos a intensidade nas experiências e nos sentimentos. Assim, adquire-se a confiança que necessitamos para superar a angústia existencial e se convencer de que de fato estamos “vivos”. Trata-se de uma necessidade psicológica que requer ser satisfeita repetidas vezes. Contudo, é impossível que o mesmo estímulo produza em nós a mesma intensidade de reação da primeira vez, quando se expõe a eles uma segunda ou terceira vez. Conseqüentemente, precisa-se de exposições regulares a estímulos novos para evitar o tédio e satisfazer a contínua busca pela reafirmação ontológica.

Birman (2003) afirma que se constrói um tipo de laço social no qual o vínculo é frouxo, precário, leve, superficial, não havendo mais lugar para as experiências de perda e luto, de enraizamento e fixidez, na mesma ideia líquido-moderna desenvolvida por Bauman (2009b). Nesse cenário, as individualidades são descartáveis, assim como as identificações e os vínculos eróticos e afetivos, como observamos anteriormente. A alteridade e a diferença vão dando lugar à igualdade e à massificação. Desenha-se uma cena social em que ter equivale a ser, as parcerias e os grupos se desintegram, e se tornam dependentes do mercado. O cidadão, sustentado na ética fundada na lei paterna, cede lugar para o consumidor, sustentado na ética do consumo. Há um apagamento da alteridade e a tendência é uma redução do homem à dimensão da imagem ou da adequação à imagem.

A cultura dessa imagem é um efeito da prática de produção da subjetividade consumidora. O consumo torna o sujeito dependente. A publicidade manipula o poder de decisão de compra do indivíduo, transferindo-o para as empresas, que acaba por fabricar seu próprio produto: o consumidor perpetuamente insatisfeito e entediado.

Para Macêdo (2012) há um processo gradual e progressivo de desagregação do tecido social: “O abandono do Estado aumenta a vivência de desvalia e desamparo por parte dos indivíduos, potencializando a sensação de vazio, o que culmina na busca frenética de objetos que preencham esse vazio, e que dão sentido à existência do sujeito” (MACÊDO, 2012, p.97).

4. O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

Observa-se que o Brasil se transformou na pátria das parcelas. Tudo é comprado a prazo, como por exemplo, artigos de luxo, carros, passagens aéreas, roupas etc. A principal consequência dessa multiplicação de parcelas é que o volume de crédito em nossa economia triplicou nos últimos cinco anos, conforme dados de uma revista especializada. Dados da pesquisa encomendada pela Revista Exame ao instituto Ipsos: “Dois em cada três entrevistados ignoram o valor da taxa de juro de seus financiamentos. Cerca de 60% deles disseram que vão fazer mais empréstimos até o fim do ano”.

Esse fenômeno do parcelamento era observado no comportamento dos consumidores de baixa renda, principalmente baseado no modelo desenvolvido pela varejista Casas Bahia, conquistou um público cativo entre aqueles que não tinham conta em banco, comprovante de renda ou dinheiro para comprar à vista. Um slogan muito conhecido no Brasil, “quer pagar quanto?”, entrou no imaginário das pessoas ao descrever um mundo em que tudo era acessível, desde que as prestações coubessem no orçamento. E conforme dados da revista supracitada “Hoje, seis em cada dez carros vendidos no país são financiados. Oito em cada dez pacotes da agência de turismo CVC, a maior do país, são vendidos em até dez parcelas. Mesmo artigos de marcas Cartier, Armani ou Tiffany são vendidos seguindo os preceitos das Casas Bahia” (MOSCHELLA; SALOMÃO, 2011, p.43). Assim, seduzidos pelo poder de atração das parcelas que cabem no bolso, nos últimos anos os brasileiros compraram em grande quantidade e acabaram endividados.

Algumas expressões populares são utilizadas freneticamente pela mídia para convencer, num tom convidativo, o consumidor. Segundo Carpenar (2007): “compre agora, pague depois. A expressão é conhecida de todos os brasileiros, e aponta uma solução para o desejo e a necessidade consumir” (CARPENNA, 2007, p.76). O superendividamento é um tema em voga no Brasil e essa nova realidade brasileira reclama de um instrumento jurídico e adequado para dar conta das novas questões que surgem no mercado de consumo, relativas aos contratos de crédito.

Para Carpena (2007) o superendividamento é um problema de conteúdo social. E ainda, ressalta:

Esta afirmação se confirma diariamente nos noticiários, não escapando ao leitor mais atento à constatação de que se vive hoje, no Brasil economicamente estável, uma considerável expansão do crédito, que atinge em larga medida as classes menos favorecidas, mais numerosas e menos educadas para o consumo. Em pesquisa publicada no final de 2005, foi apurado que a concessão de crédito para as pessoas físicas já responde por 45,8% dos empréstimos bancários e cresceu 30% nos últimos 12 meses, enquanto a massa real de salários (quantidade de pessoas trabalhando e total de vencimentos descontada a inflação) aumentou apenas 5% no mesmo período (CARPENA, 2007, p.77).

O Brasil é hoje uma economia do consumo, do gasto, em todos os sentidos. Poupar não parece ser um valor. De onde vem esse comportamento? Por que o Brasil se tornou a pátria das parcelas? Traz-se à baila que muito dessa cultura de consumo perpassa ao fato do Brasil ter sofrido décadas de inflação elevada. Num ambiente em que os preços eram reajustados quase todos os dias, faziam pouco sentido projetar o orçamento. Isso resultou numa geração de brasileiros que cresceu acostumada a pensar no curto prazo. “No Brasil, a maior parte das dívidas são de curto prazo, como geladeira, TV e roupas, e termina em dois anos”, diz o ex-diretor de Política Monetária do Banco Central em entrevista para revista Exame.

Importante perceber os ciclos de consumo do brasileiro, pois à medida que ascendem socialmente, os brasileiros também querem alcançar novos patamares de consumo. O Brasil se transforma numa economia de massa com uma expansão da cesta de compra, impulsionada pelo crédito e observamos três fortes tendências comportamentais. Assim, segundo recente pesquisa realizada em 2011, por um instituto de consultoria privado, chamado BGC.

1ª Tendência – Os brasileiros querem ter mais – Segundo a consultoria 26% dos brasileiros aceitam gastar mais para comprar produtos melhores.

2ª Tendência – Os brasileiros querem saber mais – Investimentos em educação e acesso à internet e à TV a cabo são beneficiados por essa tendência brasileira, segundo consultoria mencionada.

3ª Tendência – Os brasileiros querem experimentar mais – Trata-se do impulso dos brasileiros, consumidores emergentes, que querem

viajar a primeira vez de avião, conhecer um novo restaurante ou passar a frequentar cinemas. São novos hábitos que incluem ambientes que os brasileiros não conheciam (STEFANO, 2011, p.23).

O endividamento tornou-se um fato inerente à atividade econômica, servindo como meio de financiá-la (COSTA, 2002). Numerosos consumidores estão se endividando para consumir produtos e serviços, sejam essenciais ou não (MARQUES, 2006). Vive-se uma verdadeira economia ou cultura de endividamento.

A autora portuguesa Maria Manuel Leitão Marques (2000) reconhece que o endividamento aos consumidores não é um problema em si mesmo, pois contribui para o aumento do bem-estar das famílias. Porém, alerta que o endividamento se transforma num problema quando ocorre o inadimplemento das obrigações, agravando-se a situação quando os rendimentos do agregado familiar não comportam os seus compromissos financeiros, isto é, quando existe sobreendividamento (LEITÃO MARQUES, 2000).

O endividamento excessivo ou superendividamento é definido pela melhor doutrina como a “impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor leigo e de boa-fé de pagar todas as dívidas atuais e futuras de consumo (MARQUES, 2006).” Importante ressaltar, que o consumidor deve agir de boa-fé, esta compreendida não como um estado de ânimo dos sujeitos, mas como comportamento leal, cooperativo, correto, enfim, a boa-fé objetiva (“Eu acho a noite de sono muito complicada. Não consigo colocar minha cabeça no travesseiro. Fico pensando, Meu Deus, preciso pagar isto, preciso pagar aquilo; eu quero comprar uma coisa, mas está ‘sujo’ o meu nome”¹⁰).

A vocação consumista se baseia, em última instância, nos desempenhos individuais. Bombardeados por todos os lados de sugestões que precisam se equiparar com algum produto fornecido pelas lojas, os consumidores, se quiserem ter a capacidade de alcançar e manter posição social desejada devem desempenhar suas obrigações sociais e proteger a autoestima, bem como serem vistos e reconhecidos por fazerem tudo isso.

10 Resposta ofertada pelo entrevistado n° 6 à seguinte pergunta: “As suas dívidas causam dificuldades para dormir?”.

Para as pessoas que não seguirem todos os ditames, a exclusão social de fato advém. Este contexto separatista exerce grande influência para o superendividamento dos consumidores, que somado a outros três aspectos – a crescente produção de mercadorias industrializadas, a extensão do sistema de crédito e a constituição da cultura do consumo – pode ser considerado como causa da atual situação de cidadãos que têm muitas vezes a subsistência própria e de sua família comprometida por prestações ou gastos desnecessários.

Submetidos às regras de mercado, os consumidores ficam desarmados diante de um sistema complexo que os envolve no momento da aquisição de algum produto ou serviço. O endividamento é uma decorrência do consumismo, tornando-se crônico quando afeta a renda do devedor ou até a supera, chegando ao ponto de aniquilar as condições de quitar suas dívidas.

Faz-se uma distinção entre o superendividamento passivo e o ativo. Neste caso, o consumidor abusa do crédito (PAISANT, 2002), acumulando inconsideráveis dívidas. O superendividado passivo, por sua vez, é um consumidor que não contribui ativamente para o aparecimento desta crise de solvabilidade e de liquidez, estando sua redução brutal de recursos ligada às áleas da vida (COSTA, 2002). Comenta Marques (2006):

Efetivamente, tantos os acidentes da vida (desemprego, redução de salários, divórcios, doenças, acidentes, mortes, nascimento de filhos etc.), quanto o abuso de crédito podem criar uma crise de solvabilidade ou de liquidez (baixa imprevisível de recursos, alta das taxas de juros, alta ou baixa do dólar, necessidades de empréstimos suplementares etc.) para indivíduos e famílias, seja de classe média ou pobre, levando a impossibilidade de fazer frente ao conjunto de seus débitos atuais e futuros, impossibilidade de pagamento de boa-fé, que a doutrina corretamente denominou de sobreendividamento, ou como prefiro, superendividamento [...] que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo (MARQUES, 2006, p.258-260).

Ademais, acrescenta-se a observação de que para um consumo intenso, há de se reportar às múltiplas formas de financiamento. A gestão financeira apresenta-se mais elaborada porque também os são os meios de pagamentos utilizados. Os cartões de crédito e de débito e os cartões de loja, com vertente de

crédito, coexistem com contas-ordenado, créditos pessoais, crédito à habitação, crédito automóvel. E o crédito passa a ser utilizado, tanto na compra da casa como no pagamento de cuidados de saúde, da alimentação e lazer. O multiendividamento marca a vida cultural e financeira destes indivíduos agora superendividados.

5. CONCLUSÕES

Escolhemos a Análise Gráfica dos discursos como ferramenta de análise. Através das inferências individuais foram coletados elementos que permitiram a consecução dos objetivos desta pesquisa através da localização dos núcleos de consciência que foram construídos e/ou desenvolvidos pelos sujeitos durante o consumo de produtos e serviços.

Pudemos acompanhar e analisar, também, a influência dos aspectos subjetivos dos indivíduos da pesquisa, expressos através do sentido dado às palavras, para a organização das consciências e das atividades desenvolvidas nesse processo de interação. Além de verificarmos o movimento de alteração dos conceitos de consumo, consumismo e endividamento, relacionando suas expressões, significações e sentidos.

Ademais, inferimos que o superendividamento está ligado à relação complexa entre o indivíduo e a sociedade, isto é, o consumo como forma de relação social entre pessoas e instituições ou como mecanismo de reprodução social. O fenômeno do superendividamento é extremamente complexo e tem produzido impactos e consequências de várias ordens. Na sociedade, na vida familiar, nos relacionamentos interpessoais e conflitos intrapsíquicos. Todo esse corolário indica uma grande desestruturação na vida de consumidores.

Percebemos que o ato de “comprar” passou a ser um ato complexo e necessário da vida moderna. E em um ambiente de compra extremamente incentivada e facilitada, o processo decisório do consumidor sempre é formado pelo conjunto de muitas variáveis. Todavia, é nesse consentimento que reside o seu ponto fraco, alvo da sociedade massificada, globalizada e informatizada e dos fornecedores para estimular a aquisição de produtos e serviços.

Não obstante, o Direito do Consumidor deve voltar os olhos a este aspecto de maneira bastante efetiva, com objetivo de evitar o surgimento de novos problemas

nessa sociedade de crédito e abundância. Afinal, opera-se nessa cultura e mercado de consumo tão somente aquele que dispõe de recursos financeiros. Não raro, obter-se uma concessão de crédito apresenta-se como única forma de acesso ao consumo (CARPENA, 2006).

Da mesma sorte, pudemos diagnosticar que o crédito concedido aos consumidores não apenas atende como também cria necessidades, porquanto o padrão de consumo está vinculado a uma identificação do sujeito como pertencente a certa classe social. Deste modo, o endividamento tornou-se um fato inerente à atividade econômica, servindo como meio de financiá-la (COSTA, 2002).

Vale dizer, por oportuno, que o trabalho teve como foco o superendividamento ativo do consumidor como um fenômeno intrínseco à sociedade moderna, na qual o cidadão adquire *status* em sua comunidade na proporção dos bens que consome: quem tem mais é mais! E a busca por *status* é parte integrante do rol das necessidades do ser humano, para alguns mais, para outros menos, perseguidos ao longo de sua existência (SCHWERINER, 2006).

E como percebemos nas ilações advindas das entrevistas, o consumismo se ligou a uma nova identidade política, a qual é o reflexo de “estilos de vida” intimamente associados às marcas comerciais e aos produtos que elas rotulam. Há uma apropriação fetichista do objeto de consumo. O consumidor não consome o objeto em sua funcionalidade ou valor de uso, o que passa a ser irrelevante. Ele consome, em verdade, todo um universo imaginário circundante da mercadoria: *status*, poder, diferenciação social, segurança, beleza, felicidade, por exemplo.

Ademais, arrima-se que a proposta do trabalho foi reconhecer os direitos do consumidor endividado a partir de uma vulnerabilidade, mas uma vulnerabilidade psíquica, uma vez que os consumidores são vítimas de um grande impacto psicológico das mudanças sociais e imposições culturais, frequentemente associados a sentimentos de vazio, de falta de sentido e de “falsas projeções” dos desejos humanos sempre em novos objetos ou signos de consumo. Tornando-o, por sua vez, um eterno frustrado de um ideal que não é dele, mas que o faz sentir como o único culpado pelo fracasso. Assim, a função social deve ser considerada a partir da necessidade de se reconhecer a fragilidade e a vulnerabilidade do consumidor.

Deste modo, chegamos à conclusão de que o superendividamento advém do *desejo*, da *aceitação*, do *pertencimento*, da ideia de *status*. Somos vítimas de um sistema social. Somos levados a comprar em função deste hodierno marketing globalizado, dos efeitos da publicidade e da moda, dos métodos agressivos e sentimentais de comercialização e contratação, que atuam sobre o comportamento dos consumidores e fazem com que não sejamos livres e racionais nas escolhas, conquanto a proposta da economia moderna emane a ideia de que o consumidor seria o “rei do mercado”.

6. REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauri Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- _____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.
- _____. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008b.
- _____. *A arte da vida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009a.

- _____. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009b.
- _____. *Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrado*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010a.
- _____. *Mundo-consumo: ética del individuo em la aldea global*. Traducido por Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2010b.
- _____. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a.
- _____. *Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011b.
- _____. *Vida em fragmentos: sobre ética pós-moderna*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011c.
- _____. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- BIRMAN, Joel. Subjetividades contemporâneas. In: *Psychê – Revista de Psicanálise*. São Paulo, ano V, n. 7, pp.151-69, 2001.
- _____. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 6ª. Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- BRAGHIROLI, Eliane Maria et al. *Temas de psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- CARPENA, Heloísa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES. Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). *Direitos do Consumidor Endividado : superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

- _____. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, nº61, p.76-89, jan./mar. 2007.
- CROCHÍCK, Jose Leon. *Preconceito: indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe Editorial, 1995.
- CROSS, Gary. *Na all-consuming century. Why commercialism won in modern América*. New York: Columbia University Press, 2000.
- DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.
- DURKHEIM, Émile. *La Science sociale et l'action*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós modernidade*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- FREUD, S. (1895/1986) *Projeto para uma psicologia científica*, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- _____. (1900/1986) *A interpretação dos sonhos*, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- _____. (1926/1996) *Inibições, sintomas e ansiedade*, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- _____. (1927/1996) *O futuro de uma ilusão*, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- _____. (1930/1996) *O Mal-estar na civilização*, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira; com comentários

- e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. *História do crédito ao consumo* - Doutrinas e práticas. São João do Estoril: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000.
- HARDY, Charles Oscar. *Consumer credit and its uses*. Nova Iorque: Prentice-Hall, 1938.
- HOFSTEDE, G. *Cultures and organizations: cultural cooperation and its importance for survival*. London: McGrawHill International, 1994.
- KEHL, Maria Rita. "O homem moderno, o desamparo e um apelo a uma nova ética". In: *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 39-75.
- LASCH, Christopher. *O Mínimo Eu: Sobrevivência psíquica em tempos difíceis*. Trad. de João Roberto Martins Filho. São Paulo, Brasiliense, 1990.
- LANE, S. T. M., & Codo, W. (Eds.). *Psicologia Social: O homem em movimento*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- LEÃO, Inara Barbosa. Um método para investigar a consciência: do intrapsicológico ao interpsicológico. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 19, n. spe2, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01022007000500021&lng=&nrm=iso, acessado em 26 de agosto de 2012.
- LEITÃO, Débora Krischke. *Comunidade Virtual de Antropologia*. Resenha. O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo. Resenha da obra de mesmo título, de Mary Douglas e Baron Isherwood. Disponível em <http://www.antropologia.com.br>, acessado em 07 de setembro de 2012.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et Al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

- LIMA, Diana Nogueira de Oliveira. *Consumo: uma perspectiva antropológica*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles e ROUX, Elyette. *O luxo Eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. Tradução Maria Lúcia Machado. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005a.
- _____. *A sociedade pós- moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005b.
- _____. *A sociedade da decepção*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2007.
- _____. *Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Tradução de Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2010.
- _____. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MACÊDO, Kátia Barbosa. O desamparo do indivíduo na modernidade. *In Ecos Revista*, v.2, p.99-107, 2012
- MANO, Cristiane. Quer pagar em quantas vezes? *Revista Exame*, Edição n.972, n.13, p.30-37, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunar-delli (coord). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2011.
- _____ et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2012.
- MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: sociologia e antropologia. São Paulo: Cosac e Naify, 2003.

- MILLER, Daniel. Consumption as the vanguarda of history: a polemic by away of na introduction. In *Acknowledging Consumption*. Londres: Routledge, 1995.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. O Direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, nº43, p. 111-132, jul.-set. 2002.
- MOSCHELLA, Alexandre; SALOMÃO, Alexa. Consumidor no vermelho. *Exame*, edição 997, nº 14, 10/08/2011, Capa, p.42.
- PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de lós consumidores em derecho francês. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 42, 2002.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Mal-Estar na Modernidade. In: *Revista Brasileira de Psicanálise*. Vol.XXXI, p. 9-30, 1997.
- SAHLINS, Marshall. *Cultura e razão prática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- _____. “Os Traumas da Modernidade”. In RUDGE, Ana Maria (org.) *Traumas*. São Paulo: Editora Escuta 2006. Biblioteca de Psicopatologia Fundamental
- SCHEWERINER, MARIO E René. *O consumismo e a dimensão espiritual das marcas: uma análise crítica*. 2008 . 180 p. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião, São Bernado do Campo.
- _____. *Comportamento do consumidor: identificando necejos e supérffluos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. *Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais do consumo na contemporaneidade*. São Paulo: Annablume, 2001.
- SLATER, Don. *Cultura do consumo e modernidade*. São Paulo: Nobel, 2001.
- STEFANO, Fabiano. Consumo a força que move a economia. *Exame*, edição 972, nº 13, 28/07/2007, Capa, p.22

TOTAL de pobres deve cair à metade no Brasil até 2014. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jun. 2010. Mercado, p.B1

TRAVANCAS, Isabel; FARIAS, Patrícia. *Antropologia e comunicação*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

VEBLER, Thorstein. *A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições*. Tradução de Olívia Krahenbuhl. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

AUTODETERMINAÇÃO NO DIREITO COMPARADO E SITUAÇÕES SUBJETIVAS EXISTENCIAIS: UMA TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DE SEUS LIMITES A PARTIR DO EXAME DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Eduardo Rocha Dias¹

Resumo

Como decorrência da entrada em vigor no Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foram reconhecidos, com o *status* de emenda à Constituição, vários dispositivos que consagram a dignidade e a autonomia de referidos indivíduos, entre os quais se encontra a previsão da possibilidade de adotarem crianças. A autodeterminação individual e a dignidade da pessoa são também invocadas pela jurisprudência, nacional e internacional, como fundamentos para a ampliação de situações subjetivas existenciais e direitos fundamentais. Propõe-se neste estudo verificar os limites para tal ampliação, a partir do direito comparado e das diferentes concepções filosóficas sobre a autodeterminação e a dignidade humana, propondo considerar a dimensão de sociabilidade e de solidariedade ínsita à Constituição Federal de 1988 como critério que impede uma leitura egoísta e individualista de referidos valores. O exame da possibilidade de adoção por pessoas com deficiência impõe a consideração do interesse da criança a ser adotada, o que demonstra a necessidade de ponderar os direitos das pessoas com deficiência com outros bens e valores, conclusão que pode se revelar útil para uma interpretação adequada de outras situações subjetivas existenciais.

Palavras-chave

Autodeterminação; Dignidade humana; Situações subjetivas existenciais; Adoção; Pessoas com deficiência.

1 Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

Abstract

As a result of the entering into force in Brazil of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, internalized in the Brazilian law with the status of a constitutional amendment, it has been recognized that such individuals are entitled with autonomy and dignity, which allow them, for instance, according to a provision of the above mentioned convention, to adopt children. Self-determination and human dignity are also present in national and international court's decisions as arguments for enhancing the scope of subjective existential situations and fundamental rights. This paper aims to determine the limits for such enhancement, through the study of comparative law and different philosophical approaches about self-determination and human dignity, and proposes to consider how solidarity and sociability, which are inherent to 1988 Brazilian Constitution, act as criteria that strike down selfish and individualistic interpretations of such values. As far as adoption of children by persons with disabilities is concerned it must take into account the best interest of the child, what leads to the need to balance the rights of persons with disabilities against other rights and values. Such conclusion seems to be useful for a sound and reasonable interpretation of other subjective existential situations.

Key words

Self-determination; Human dignity; Subjective existential situations; Adoption; Persons with disabilities.

1. DELINEAMENTO DO TEMA

A conceituação de situações subjetivas existenciais coube a Pietro Perlingieri (2007, p. 253) como alternativa à tradicional referência aos direitos de personalidade. Trata-se de concepção fundada no reconhecimento de que a pessoa se realiza mediante diferentes situações subjetivas, com o que se supera a noção tradicional de direito subjetivo e se permite destacar que a esfera do “ser” não pode ser tratada com as mesmas categorias da esfera do “ter”. Pretende-se neste estudo destacar os limites ao reconhecimento de tais situações como posições jurídicas jusfundamentais. Ou seja, diante da irradiação sobre todo o ordenamento jurídico dos valores personalísticos decorrentes da dignidade da pessoa e de sua autonomia,

mostra-se cada vez mais frequente a invocação de um caráter “jusfundamental” a diversas posições jurídicas que assentariam na autodeterminação existencial das pessoas, sobretudo pela atuação da jurisprudência, nacional e internacional. Tal efeito de irradiação está também na origem da abordagem conhecida como direito civil-constitucional, pela qual se efetua uma releitura de institutos tradicionais do direito civil à luz das constituições.

Pense-se no exemplo norte-americano, apresentado por Luca Antonini (2011, p. 3), de reconhecimento, por via judicial, do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, a despeito de, nas consultas populares realizadas em trinta e um Estados daquela Federação, haver, em todos os casos, prevalecido, como vontade da maioria, a manutenção da fisionomia tradicional do casamento. No caso brasileiro, por ocasião do julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, em que se atribuiu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para efeito de excluir qualquer interpretação que impeça o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, foi indicado que o vocábulo “família”, constante da Constituição, deve ser interpretado de forma ampla, de maneira a alcançar uniões homoafetivas, o que se trataria de um direito fundamental fora do catálogo, isto é, decorrente do § 2º do art. 5º da Carta Magna. Outros exemplos apontados pela doutrina (ANTONINI, 2011, p. 1) se encontram na referência a “direitos reprodutivos”, ao “direito a ter filhos”, ao “direito a morrer”, dentre outros, quase sempre associados à autodeterminação e à dignidade da pessoa.

A propósito do “direito a morrer”, são emblemáticos os casos de Eluana Englaro e de Terri Schiavo, ocorridos na Itália e nos Estados Unidos, respectivamente. Em ambos, tribunais reconheceram, após longas disputas judiciais, a possibilidade de interrupção da alimentação e da hidratação de mencionadas pacientes, que se encontravam em estado vegetativo persistente. O pedido de interrupção foi feito por familiares, baseado na afirmação que seria essa a vontade das pacientes e que as manter vivas seria violar sua dignidade. No caso Englaro, a Corte de Cassação, na sentença 21748, de 16 de outubro de 2007, ao autorizar a suspensão da alimentação, fez referências à experiência norte-americana. Mencionou a dignidade humana como valor de fundamento constitucional e, a partir de uma leitura personalista da liberdade pessoal e do direito à saúde, entendeu que seria cabível interromper a alimentação (ANTONINI, 2011, p. 7). Há, portanto, em

temas ligados à autodeterminação da pessoa, referências na jurisprudência de vários países a decisões proferidas por tribunais de outros.

A ampliação dos direitos fundamentais, em sede de temas ligados à personalidade, pode decorrer ainda de convenções internacionais, como a que versa sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York em março de 2007. Referido ato foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, com força de emenda constitucional, e promulgado pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Pense-se, por exemplo, no teor de seu art. 23, item 1, alíneas “a” e “b”, que impõem aos Estados Partes tomar medidas efetivas para eliminar a discriminação e assegurar às pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, o direito a casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, bem como a decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos. O item 2 do mesmo dispositivo assegura às pessoas com deficiência direitos e responsabilidades referentes à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças.

Referidas disposições da Convenção acarretam nítidas implicações sobre as normas do Código Civil referentes à capacidade e ao casamento, impondo sua reinterpretação, principalmente quando se tratar de deficiência intelectual ou doença mental. Imagine-se um casal com Síndrome de Down que queira contrair matrimônio ou adotar uma criança. Diante da proteção constitucional à dignidade e à autodeterminação da pessoa com deficiência, há como limitar a possibilidade de ela casar ou adotar? De que forma? Será que todas as disposições da Convenção se revestem de estatura jusfundamental? Qual é o papel do legislador na implementação do que ela dispõe?

Para responder a essas indagações, será, inicialmente, abordado o que se entende por jusfundamentalidade, destacando seus aspectos formal e material. Em seguida, far-se-á uma referência às situações jurídicas existenciais, buscando concluir quando se poderá afirmar que estarão alcançadas por aquele atributo da fundamentalidade, levando em conta as previsões da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o direito comparado. Esta abordagem comparativa permite identificar “relações de semelhança ou diferença, de afinidade ou repulsa entre institutos e sistemas” (MIRANDA, 2006, p. 247), podendo mostrar-se

útil à afirmação de limites para a autodeterminação da pessoa com deficiência, a partir da consideração das características específicas da Constituição brasileira em comparação com outras cartas e sistemas constitucionais. Serão também examinadas as diferentes concepções de dignidade e de autonomia da pessoa, inspiradas por fundamentos filosóficos e jurídicos diversos, buscando identificar qual se harmoniza mais com a Constituição Federal de 1988.

2. A CONCEPÇÃO DE JUSFUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL

O discurso que prega a ampliação dos direitos fundamentais obedece a uma lógica, destacada pela doutrina (BOBBIO, 1992, p. 62), fulcrada na ideia de progresso da humanidade, mas que tem como contraponto paradoxal a dificuldade crescente de atender a todos os direitos que essa ampliação enseja. A “panjusfundamentalização”, ou seja, a banalização da afirmação de posições jurídicas fundamentais (NABAIS, 2008, p. 74), acarreta o risco de tornar mais difícil distinguir os direitos que devem e os que não devem ser assim considerados, reduzindo sua eficácia. A afirmação de novas situações jurídicas individuais experimentou significativo incremento no contexto da “pós-modernidade”, marcada pela desideologização crescente da sociedade, orientada cada vez mais para particularismos em detrimento das grandes narrativas emancipatórias, pelo relativismo, complexidade e pluralismo, o que leva a se falar também de um “direito pós-moderno” (CHEVALLIER, 1998, p. 659), flexível e adaptável. Critica-se o reconhecimento por cortes constitucionais – cujos membros não se sujeitam à responsabilização política e à legitimação pelo voto – de direitos cada vez mais “insaciáveis”, e que seriam melhor qualificados como possibilidades, faculdades, opções ou mesmo desejos privados, mas que muitas vezes se fundam em uma visão egoística que ignora os laços de sociabilidade que unem as pessoas e a necessidade de redescoberta de uma dimensão objetiva e positiva da subjetividade, que reconheça como fundamentais apenas os direitos “razoáveis” (ANTONINI, 2011, p. 17).

Daí a conveniência de buscar critérios para o reconhecimento da jusfundamentalidade de posições jurídicas. A noção de fundamentalidade de um direito constitui uma categoria ligada à atribuição de uma especial dignidade de

proteção, tanto sob a perspectiva material como formal (ALEXY, 2001, p. 503). Tal atribuição pode decorrer não apenas do reconhecimento da dignidade da pessoa, mas também de outros valores e princípios constitucionais. A fundamentalidade formal significa que as normas que consagram direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, submetendo-se a procedimentos agravados de revisão, constituindo muitas vezes limites materiais da própria revisão, além de vincularem os poderes públicos e servirem como parâmetros de atuação dos órgãos legislativos, jurisdicionais e administrativos. A fundamentalidade material aponta para o caráter constitutivo das estruturas da sociedade e do Estado detido pelo conteúdo dos direitos fundamentais.

Sob outra perspectiva argumentativa (ALEXY, 2001, p. 432), é de se lembrar que uma concepção formal geral de direitos fundamentais permite vislumbrá-los como posições tão importantes para o Direito Constitucional que sua concessão ou denegação não pode ficar nas mãos da maioria parlamentar. É possível também uma abordagem material geral, determinada pelo conceito de dignidade da pessoa, no entanto, nem da concepção formal, nem da material, nem de sua combinação, se podem inferir enunciados jusfundamentais. Seria tarefa da argumentação constitucional atribuir um conteúdo à concepção formal geral acima referida, bem como explicar a concepção material geral ou básica.

O tema da fundamentalidade é indiscutivelmente ligado à afirmação de direitos fora do catálogo, isto é, decorrentes da norma de *fattispecie* aberta encontrada tanto no artigo 5º, § 2º, da CF/88, quanto no artigo 16, nº 1, da Constituição da República Portuguesa². Tais dispositivos referem à inclusão, entre os direitos fundamentais, daqueles decorrentes das leis e do direito internacional, no caso português, e do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais, no caso brasileiro.

Ressalte-se que no Brasil, em virtude da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado um § 3º ao artigo 5º da CF/88, o qual passou a prever que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem apro-

2 Previsões que se inspiraram na IX Emenda à Constituição Americana, de 1791, segundo a qual a “enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

vados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Até a presente data, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada segundo tal sistemática.

Tal dispositivo aparentemente explicita entendimento adotado por Flávia Piovesan (1996, p. 111) e por Celso de Albuquerque Mello (1999, p. 1) de que o § 2º do artigo 5º da CF/88 já atribuiria aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional. Apesar de abrir a possibilidade de integração na CF/88, como direitos fundamentais, das disposições atributivas de posições de vantagem estabelecidas em referidos atos internacionais, as quais passarão a constituir parâmetros de aferição da constitucionalidade da legislação ordinária, o parágrafo introduzido foi omissivo no tocante aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à sua vigência, que tenham ou não sido submetidos ao *quorum* qualificado exigido. Tal omissão enseja incertezas e discriminações, ante a não consideração como normas constitucionais de direitos fundamentais de importantes disposições constantes de atos internacionais já aprovados pelo Congresso brasileiro.

Por outro lado, ao pretender resolver o problema com fundamento em uma perspectiva formalista e positivista (somente teriam o caráter de normas constitucionais as disposições de tratados que fossem aprovadas de acordo com determinados requisitos), a Emenda consagra um retrocesso. Com efeito, há a possibilidade de se reconhecer como normas materialmente constitucionais aquelas previstas em atos infraconstitucionais e em tratados aprovados pelo Congresso que, mesmo sem a observância dos ditos requisitos, tutelem aspectos nucleares da dignidade da pessoa, que tenham, em um dado momento histórico, alcançado um reconhecimento e uma sedimentação consensuais. Ou seja, remanesce a possibilidade de se reconhecer normas materialmente fundamentais com fundamento no § 2º do artigo 5º da CF/88.

Em outras palavras, quer pela via do § 2º do art. 5º, quer pela previsão do § 3º do mesmo dispositivo, se introduz o problema de definir quais são os direitos com dignidade suficiente para merecerem tal qualificação. Ora, somente os direitos cuja importância e objeto sejam equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente constitucionais devem a eles ser aproximados (MIRANDA, 2000,

p. 167). A identificação de um direito fundamental não escrito depende de sua substancial equivalência com relação a direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, como forma de evitar a vulgarização da categoria dos direitos fundamentais. Tal equivalência abrange tanto o conteúdo como a importância do direito em um determinado ordenamento e em um dado momento histórico.

Por exemplo, como justificativa para o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é possível invocar-se a circunstância de se tratar de uma ampliação do âmbito do direito à liberdade, posição prevista expressamente no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. Assim, é possível afirmar a existência, por exemplo, como direito materialmente fundamental, de um direito à autodeterminação bioética, que ampare a decisão do indivíduo a doar ou não seus órgãos ou a exigir o consenso informado para se submeter a tratamentos experimentais. Principalmente levando em conta os progressos da biomedicina e o risco que novas tecnologias trazem para a pessoa. Daí a necessidade de atualização da proteção decorrente do texto constitucional, de forma a fazer reconhecer como jusfundamentais pretensões de defesa da pessoa ante tais “novos poderes”, sejam eles exercidos por entidades públicas ou privadas. O mesmo se pode afirmar relativamente ao direito à autodeterminação informativa, no sentido de, em um contexto em que o Estado e entidades privadas acabam obtendo e armazenando dados individuais por meio de tecnologias cada vez mais invasivas, permitir à pessoa conhecer e controlar quais dados são detidos e como são utilizados.

No tocante às posições previstas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além de haver dispositivos que não se revestem da característica de normas sobre direitos humanos ou, após sua internalização, sobre direitos fundamentais, por serem atinentes ao Direito Internacional Público (por exemplo, normas sobre denúncia e sobre ratificação da Convenção), tem-se que as normas que merecem a referida qualificação acabam por se manifestar com caráter aberto e passível de conformação pelo legislador (pense-se nas previsões que vedam discriminação constantes de seu art. 5º) e demandam uma harmonização de valores conflitantes. É o caso do seu art. 23, item 1, alínea “b”, que, ao mesmo tempo que consagra a liberdade de ter filhos, aponta para a responsabilidade decorrente do exercício de tal direito (“decidir livre e responsabilmente”). Vale

dizer, a necessidade de concretização e de ponderação com outros bens e direitos acaba se manifestando também no tocante à referida convenção. Como assegurar o exercício de tal liberdade no caso de um casal de pessoas com deficiência que não tenha meios de sustentar a prole que pode advir de tal união? O acesso à informação e à educação, em matéria de reprodução e de planejamento familiar, previsto na alínea “b” do item 1 do mencionado art. 23, acaba levando à conclusão de que a única resposta não é sempre permitir a concepção e o nascimento de um filho, mas considerar a existência de condições para que ele seja responsabilmente gerado e criado.

Lembre-se que as pessoas com deficiência intelectual ou mental tradicionalmente são consideradas como absoluta ou relativamente incapazes, levando em conta principalmente a proteção do patrimônio. É exemplar o caso francês, em que o Código de Napoleão não se preocupava com a proteção da pessoa dos doentes mentais. Posteriormente, em 1838, passou a ser considerada a situação dos internados em estabelecimentos de cuidados mentais. Mas somente em 2007 houve uma alteração que se preocupou mais diretamente com aspectos pessoais. São reconhecidos aos doentes mentais, na França, em princípio, todas as prerrogativas ligadas à personalidade, o direito à dignidade, à integridade corporal, à proteção à saúde, à vida privada, a se casar e a procriar (TERRÉ; FENOUILLET, 2012, p. 600).

No caso brasileiro, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência amplia a proteção dos aspectos pessoais, ou seja, das situações subjetivas existenciais dos indivíduos com deficiência, inclusive intelectual e mental, ressaltando o respeito por sua dignidade, sua autonomia e sua liberdade de fazer as próprias escolhas. Tais determinações se revestem inegavelmente da condição de direitos materialmente fundamentais.

A afirmação de posições jurídicas materialmente fundamentais, como as acima referidas, deve se basear em uma argumentação que aponte para o cumprimento de uma das tarefas ou funções consideradas inerentes aos direitos fundamentais. São elas: a) função de defesa, ante os poderes estatais; b) função de prestação social, pela qual se obtém algo por meio do Estado; c) função de proteção do indivíduo ante terceiros, que estabelece deveres de proteção dirigidos ao Estado; e d) função de proibição de tratamento discriminatório, dirigida ao Estado (CANOTILHO, 2003, p. 407).

Essa afirmação não prescinde de, antes exige, uma argumentação adequada e a demonstração da importância do reconhecimento da fundamentalidade de um direito no contexto examinado. Assim, por exemplo, a função de vedação de tratamento discriminatório leva ao reconhecimento da impossibilidade de se discriminar as pessoas por razões de preferência sexual, assim como proíbe discriminações por razões políticas e ideológicas, em decorrência do que prevê o art. 5º, *caput*, e seu inciso I, da Constituição. O reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivam e compartilhem projetos de vida, também parece se impor, não apenas para fins previdenciários e para partilha de bens, em virtude da igualdade e da dignidade da pessoa, a exigir respeito ao próprio projeto de vida e à maneira de expressar sua sexualidade e afetividade. As decisões proferidas na ADPF 132 e na ADI 4277, por sua vez, que fixaram uma interpretação para o art. 1.723 do Código Civil que veda discriminações entre uniões homo e heteroafetivas, impõem ao Congresso Nacional reconhecer a plena igualdade entre a união de pessoas que têm o mesmo sexo e o casamento? Ou seria possível disciplinar diferentemente tais uniões, por exemplo, não se prevendo a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, opção seguida em Portugal, que aceita a união entre pessoas do mesmo sexo mas rejeitou a possibilidade de adoção e de “co-adoção”³? Noutras palavras, trata-se de matéria aberta à conformação do legislador ou se trata de imposições jusfundamentais que vinculam o Congresso?

3 A “co-adoção” seria a adoção por casais do mesmo sexo, casados ou em união de fato, de crianças que já vivem nessas famílias e que perderam seu pai ou mãe biológicos, correndo o risco de ser retiradas do cônjuge sobrevivente por não manterem com ele qualquer vínculo jurídico. Foi rejeitada em Portugal em 2014. Anteriormente, em 2013, a retirada de restrições existentes à adoção plena por casais homoafetivos foi rejeitada naquele país. Resta lembrar, como destacado pelo Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na ADPF 132, que “a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental”. Ou seja, aparentemente o voto do Relator abre o caminho a considerações acerca da restrição à possibilidade de adoção com fundamento na proteção do adotando e do melhor interesse da criança.

Antes de buscar oferecer uma possível resposta a tais indagações, cumpre examinar o *locus* específico onde se tem buscado afirmar a existência de direitos fundamentais fora do catálogo, decorrentes da dignidade da pessoa e da sua autodeterminação, que são os temas ligados aos direitos de personalidade ou, na lição de Perlingieri, às situações subjetivas existenciais.

3. DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE ÀS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS E A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA

Os direitos de personalidade são tradicionalmente regulados pelo direito privado, identificados com os “direitos essenciais”, sem os quais a pessoa não existiria como tal e os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, constituindo a “medula da personalidade”, o seu conteúdo essencial e imprescindível (DE CUPIS, 1961, p. 17). Têm por objeto modos de ser físicos e morais da pessoa. Não se confundiriam com os direitos fundamentais, dado que estes pressupõem relações de poder e incidem em relações de direito público, muito embora também tenham eficácia perante particulares, ao passo que os direitos de personalidade incidem em relações de direito privado em que tende a haver igualdade (SOUSA, 1995, p. 581).

Pode haver uma sobreposição ou uma subposição entre uns e outros, havendo uma tendência à sua aproximação. Alguns direitos fundamentais são também direitos da personalidade (é o caso do direito à vida, à integridade pessoal e à intimidade). Mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (é o caso do direito de acesso ao Judiciário e dos direitos dos administrados) e há manifestações não-essenciais ou periféricas dos direitos de personalidade que não correspondem a direitos fundamentais (SOUSA, 1995, p. 584). Muito embora os direitos de personalidade possam ser objeto de um tratamento dogmático específico sob a perspectiva civilista, é possível abordá-los a partir da Teoria da Constituição e sob a óptica dos direitos fundamentais. Diante da supremacia da Constituição, as normas ordinárias de direito privado devem com ela ser compatíveis. Não se discute, portanto, a circunstância de o direito civil disciplinar não apenas a aquisição da personalidade, mas também direitos a ela relacionados. O que se pretende afirmar é a submissão de tal disciplina efetuada pelo Código Civil à Constituição (OTERO, 1999, p. 31), o que impõe reconhecer a existência

de um direito geral de personalidade como direito fundamental. Nesse sentido, Paulo Ferreira da Cunha (2006, p. 13) leciona que:

...o que as constituições consagram em geral, antes de mais, e para além de direitos concretos, é o direito geral à personalidade (o caso alemão parece claro). Os direitos de personalidade são aplicações, concretizações, especialidades desse direito natural e humano tornado fundamental pela constitucionalização.

Mais à frente, o mesmo autor (CUNHA, 2006, p. 17) expressa a posição de que:

...pelo menos a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu*; donde, serão verdadeiros direitos fundamentais, com ou sem ‘duplicação’ em sede de *constituição formal*. Porque nos não devemos esquecer da constitucionalidade material. Na Constituição Portuguesa, os direitos de personalidade podem considerar-se perfeitamente integrados nos ‘quaisquer outros constantes de leis’ que acrescem aos formalmente constitucionais, segundo o Art.º 16.º, n.º 1.

O autor mencionado conclui que “os direitos de personalidade são a manifestação privatística de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a sua versão publicística, mas, ao invés, de entre todos, os Direitos *fundamentais*, em geral – independentemente de atinências mais publicísticas ou privatísticas” (CUNHA, 2006, p. 18), não se limitando ao direito público, ou às relações em que uma das partes seja um ente público, mas valendo também nas relações privadas (muito embora ainda se possa discutir de que forma).

Em Portugal, a ausência de previsão constitucional expressa não impediu o reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Somente a partir da Revisão Constitucional de 1997 é que houve sua consagração explícita⁴.

⁴ A qual alterou a redação do artigo 26, n. 1, da Constituição da República Portuguesa para: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. No caso espanhol, o artigo 10º, n. 1, da respectiva Constituição assim já previa: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre

Antes mesmo de tal Revisão, porém, o Tribunal Constitucional português, no acórdão n. 6/84, de 18 de janeiro⁵, considerou o direito ao desenvolvimento da personalidade uma consequência do princípio da dignidade da pessoa. Por meio de outro acórdão, de n. 288/98, de 17 de abril⁶, o mesmo Tribunal pronunciou-se sobre o conteúdo de tal direito como incluindo “a autonomia individual e a autodeterminação” e a liberdade de cada um “traçar o seu próprio plano de vida”.

O direito ao desenvolvimento da personalidade seria, portanto, uma liberdade dotada de maior generalidade ante as liberdades específicas expressamente referidas pela Carta Magna. Funda-se no reconhecimento da pessoa como razão de ser do direito, o que afasta sua instrumentalização a serviço de alguma ideologia, valor, visão do mundo ou do homem. A personalidade, nesta perspectiva, relaciona-se com o caráter dinâmico do ser humano globalmente considerado, ao qual se deve reconhecer a faculdade de autodesenvolvimento e realização. Constitui um *prius* em relação ao direito, devendo este reconhecê-la por exigências lógicas e axiológicas. Tem como características sua inadiabilidade, sua inexpropriabilidade, sua indisponibilidade e sua ilimitabilidade (PINTO, 1999, p. 165).

Como um direito de liberdade, decorrente da dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta duas dimensões: a primeira, como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir ou de se omitir; a segunda como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões por terceiros (PINTO, 1999, p. 164).

Quanto ao conteúdo de mencionado direito, destaquem-se duas posições (PINTO, 1999, P. 167): a) uma concepção ampla, que abrange todas as formas de conduta humana, incluindo as que se revestem de reduzida importância para a formação e a expressão da personalidade; b) uma concepção restrita, em que o conteúdo de tal direito somente abrangeria aquelas condutas essenciais para a personalidade, os “âmbitos de vida especialmente importantes ou postos em

desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”.

- 5 Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), n. 340, novembro de 1984, p. 179. Na doutrina, também se defendia o caráter de direito fundamental, materialmente constitucional, do direito geral de personalidade, com fundamento no artigo 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa (SOUZA, 1995, p. 619).
- 6 Diário da República de 18 de abril de 1998, I-A, p. 1.714 (21) e 1.714 (24).

perigo, que afiançam mais do que o direito de fazer aquilo que não está proibido” (HESSE, 1998, p. 328).

Um entendimento amplo do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade parece mais adequado, ante os problemas de delimitação que uma tentativa de definir quais seriam as condutas “essenciais” protegidas poderia ensejar. O subjetivismo e a dificuldade de obter o consenso apontam para essa solução. No entanto, como não se pode tratar de um direito absoluto, isso não impede a necessária ponderação de tal direito com outros direitos ou bens constitucionais protegidos ou com exigências de solidariedade quando estiverem em conflito.

Os problemas de delimitação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade se estendem às situações jurídicas existenciais. Perlingieri (2007) critica a concepção tradicional sobre os direitos de personalidade, fulcrada na divisão entre as teorias que reconhecem um “direito geral de personalidade” e teorias que defendem que existem múltiplos direitos de personalidade (concepções atomísticas). Nestas últimas, há quem defenda a atipicidade dos direitos de personalidade, ou seja, que haveria uma série aberta de direitos, e os que defendem uma tipicidade fechada. A limitação dos direitos de personalidade a hipóteses expressamente previstas reflete uma opção ideológica pela restrição da importância de tais direitos a seu aspecto patrimonial, à reparação dos danos aos direitos expressamente previstos.

O advento da Constituição não teria alterado esse quadro, mas apenas acrescentado novas previsões de situações típicas. No entanto, há interesses não previstos no Código Civil, que podem sê-lo em leis especiais, e mesmo na Constituição. Com fundamento nesta última, há mesmo uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição. A pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas por meio de uma complexidade de situações (poderes, interesses legítimos, direitos subjetivos, faculdades e assim por diante). Para o autor (PERLINGIERI, 2007, p. 153), devem ser superadas as discussões que privilegiam o direito subjetivo, decorrente de sua consideração tradicional patrimonialística (direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”), e que levam a uma dificuldade no tratamento da categoria do “ser”

com base em esquemas conceptuais elaborados para as coisas. Na categoria do “ser” não há dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, a titularidade é institucional e orgânica. O objeto da tutela é a pessoa, o que impõe mudar o enfoque. A unidade de valor da pessoa não pode ser dividida em tantos interesses, bens ou situações, como nas concepções atomísticas. A personalidade não é um direito, mas um valor fundamental do ordenamento e está na base de múltiplas situações existenciais, mutáveis, que tornam mutável também a exigência de proteção. Nenhuma previsão especial seria exaustiva a ponto de abarcar as múltiplas manifestações da personalidade humana. Na Constituição Italiana, essa cláusula geral de tutela da pessoa decorreria do seu art. 2º⁷; na Constituição Federal de 1988, decorreria do seu art. 1º, inciso III, e da admissibilidade de outros direitos além dos expressamente previstos (art. 5º, § 2º), conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 128).

As situações existenciais se opõem às situações patrimoniais. Nestas, busca-se efetivar a livre iniciativa, como é o caso dos institutos ligados à empresa, à propriedade e ao crédito, enquanto naquelas se pretende tutelar direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade. Há, porém, situações em que as dimensões patrimonial e pessoal se confundem e se interpenetram, podendo-se falar em uma “zona de obscuridade” que dificulta a classificação e que leva à necessidade de apreciar, nos casos concretos, qual função prevalece (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 24).

4. LIMITES AO RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DE SITUAÇÕES EXISTENCIAIS A PARTIR DO EXAME DAS DIFERENTES CONCEPÇÕES SOBRE A DIGNIDADE E A AUTONOMIA DA PESSOA

Verifica-se que o recurso à dignidade e à autonomia da pessoa acaba se tornando o fundamento para a invocação do caráter fundamental tanto a direitos de personalidade quanto a situações jurídicas existenciais. No entanto, a

7 Dispositivo que tem a seguinte redação: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se **desenvolve a sua personalidade**, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

dignidade e a autonomia da pessoa são concepções também passíveis de diferentes interpretações, decorrentes de posições filosóficas e de visões de mundo e do direito diversas, que acabarão repercutindo na maneira como o Judiciário entende a questão.

Fabien Bottini destaca bem a ambiguidade a respeito do conceito de dignidade da pessoa, afirmada tanto como direito oponível aos outros, seja o Estado sejam outros indivíduos, quanto como direito oponível a si mesmo; também há referências à dignidade como direito subjetivo, beneficiando individualmente cada um, e como uma obrigação objetiva incidente coletivamente sobre todos (2013, p. 102). Para o autor, tal ambiguidade, a revelar o caráter “esquizofrênico” da noção de dignidade humana, decorre da adesão a uma determinada visão do que vem a ser o direito, recortando quatro concepções diferentes: uma visão jusnaturalista clássica, de raízes judaico-cristãs; uma visão jusnaturalista moderna, de cariz mais filosófico; uma abordagem positivista jurídica, que reveste uma dimensão formal; e uma perspectiva positivista sociológica, inspirada por fundamentos materiais. As abordagens jusnaturalistas teriam em comum o fato de adotarem uma visão abstrata da pessoa, dela deduzindo uma concepção apriorística e tendencialmente imutável de dignidade, ao passo que as concepções positivistas partem de uma reflexão concreta sobre a pessoa humana, construindo *a posteriori* uma noção de dignidade evolutiva. No entanto, a concepção jusnaturalista clássica e a positivista jurídica têm em comum o fato de partirem de uma noção de dignidade fixada “de cima para baixo”, ou seja, Deus no jusnaturalismo clássico ou a autoridade normativa no positivismo jurídico. Já o jusnaturalismo moderno e o positivismo sociológico examinam o tema de “baixo para cima”, isto é, a amplitude da dignidade é definida por cada um individualmente ou por todos coletivamente.

O jusnaturalismo clássico e o positivismo jurídico autorizam ainda a afirmação de uma dualidade de funções para a dignidade da pessoa, considerada fonte tanto de direitos a serem exercidos frente aos outros como de deveres em relação a si próprio, deveres referidos ao respeito à vida humana como mandamento divino e de observar o direito positivo, independentemente de seu conteúdo (BOTTINI, 2013, p. 105).

A sacralidade da vida humana, afirmada pela visão jusnaturalista clássica de raízes religiosas, é superada pelo positivismo jurídico, de caráter laicizante e que

permite fundar direitos sem referência a uma ordem metapositiva. Esta última visão, porém, traz o risco de se instaurar a arbitrariedade, limitando a liberdade individual a partir de uma certa concepção de dignidade humana adotada pelo legislador ou pelo julgador. Fabien Bottini (2013, p. 109) exemplifica tal risco com a decisão do Conselho de Estado francês que proibiu um espetáculo de “arremesso de anões”, limitando a liberdade de disposição daqueles que se prestaram a participar do evento, instaurando uma ordem moral autoritária que restringe o poder das pessoas sobre si mesmas.

Para a concepção jusnaturalista moderna e para o positivismo sociológico, a dignidade somente pode ser fonte de direitos frente a outras pessoas, vale dizer, abandona-se a concepção de que a dignidade pode impor deveres a cada um. Os direitos reconhecidos podem decorrer quer do respeito à liberdade e à autonomia de cada um (primeira corrente)⁸, quer da vinculação da consciência coletiva aos direitos e liberdades essenciais da pessoa (segunda corrente). Para o positivismo sociológico, o único direito é o direito positivo e ele deve estar de acordo com as expectativas da sociedade⁹. Isto é, diversamente do positivismo jurídico, se busca afirmar um determinado conteúdo para o direito, decorrente da realidade social. A opinião pública acaba desempenhando um papel no preenchimento da noção de dignidade humana, identificada pelo autor na ligação do povo francês à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e à Constituição de 1946, que levam à afirmação da dignidade não como fonte de restrições, mas sim como garantia de seus direitos e liberdades.

É certo que é possível restringir a liberdade individual, como na exigência de conduzir veículos usando cinto de segurança e na proibição de ingerir bebidas

8 A concepção jusnaturalista moderna inspira-se inicialmente em pensadores italianos e alemães, como Maquiavel e Lutero, desenvolvendo-se posteriormente na Inglaterra com filósofos como Locke, e leva à afirmação de um poder total da pessoa sobre si mesma. O recurso a meios de contracepção, o direito a recusar tratamento médico, o direito ao aborto, entre outras manifestações, se inseririam na afirmação de dignidade da pessoa professada por essa corrente. Também se insere nessa perspectiva a noção kantiana de liberdade como autonomia, isto é, como capacidade de legislar para si próprio conforme uma lei universal racional, em oposição a um “Estado eudemonista”, que inclui entre suas tarefas a busca da felicidade dos súditos. Kant, portanto, critica o paternalismo, valorizando a autonomia do sujeito na busca da sua felicidade, conforme lembra Norberto Bobbio (1992, p. 89).

9 Dentre os autores que inspiraram essa corrente, tem-se Durkheim e Duguit.

alcoólicas antes de dirigir. Tais restrições não seriam, porém, uma tentativa de proteger a pessoa contra si mesma, mas sim de fazê-la respeitar a dignidade de outros indivíduos que podem sofrer danos em virtude da conduta irresponsável de condutores. A dignidade humana seria sempre e apenas fonte de direitos, mesmo que em um primeiro momento dela possam decorrer restrições à conduta de alguém, mas que se justificam na medida em que protegem a dignidade de terceiros. Diferentemente do jusnaturalismo moderno, o positivismo sociológico não se dispõe a defender apenas a liberdade-autonomia de cada um isoladamente, mas sim o conjunto de direitos e liberdades dos indivíduos nas suas relações com o Estado e entre si (BOTTINI, 2013, p. 115).

O autor conclui o trabalho destacando ser possível identificar uma evolução no conceito de dignidade: se na antiguidade e na Idade Média o conceito servia para garantir a vida face aos poderosos, na Idade Moderna passou a significar viver com liberdade e, atualmente, significaria viver bem. A busca pela qualidade de vida, ou pela eliminação do sofrimento, pode mesmo amparar o respeito à decisão individual de interromper um tratamento médico ou de morrer com dignidade. Muito embora se possa questionar a concepção positivista sociológica, ante a dificuldade de identificar qual é a opinião pública, sendo perigoso admitir que os direitos dependam de uma realidade tão fluída como este conceito, tal abordagem tem o mérito de chamar a atenção para a necessidade de fundar o sistema de direitos em uma dimensão de sociabilidade que admite a limitação ao poder de autodeterminação de alguns com o fim de evitar lesões a direitos de terceiros (BOTTINI, 2013, p. 117). Chama a atenção também para o risco de os poderes constituídos, seja o legislador, seja o próprio Judiciário, pretenderem impor deveres da pessoa para consigo mesma a partir de uma determinada visão de mundo.

A autodeterminação individual também constitui fonte de afirmação de novos direitos. Na perspectiva anglo-saxônica, sob a vertente da *privacy*, lembre-se que foi em 1890 que se publicou na *Harvard Law Review* o célebre artigo de Warren e Brandeis, intitulado “*The right to privacy*”, em que se definiu tal pretensão como o “direito a ser deixado só” (*the right to be left alone*). De nítida inspiração iluminista, tal concepção propugnava a construção de uma esfera de intangibilidade da pessoa frente aos poderes públicos e privados (ANTONINI, 2011, p. 4). Posteriormente,

a tutela da *privacy* se estendeu a outros domínios, em virtude, sobretudo, da atuação da jurisprudência, chegando a alcançar a autodeterminação individual em domínios como o uso de contraceptivos (*Griswold vs Connecticut*), o aborto (*Roe vs Wade*) e a união entre pessoas do mesmo sexo (*Goodridge vs Department of Public Health*). A eutanásia e a suspensão de hidratação e de alimentação de pacientes em estado vegetativo constitui outro campo em que se invoca o direito à autodeterminação (ANTONINI, 2011, p. 5).

A autodeterminação se manifestaria como o núcleo essencial da dignidade humana, concretizando-se na capacidade de decidir sobre as próprias ações e o próprio destino. É de se questionar, porém, se tal concepção não se assentaria em uma visão individualista e sobre uma antropologia “negativa”, que acaba por afirmar direitos cada vez mais insaciáveis, delegando ao Estado, muitas vezes, a disciplina da autodeterminação em variados domínios, por meio de regras minuciosas que acabam por limitar a mesma liberdade que se pretendia proteger (ANTONINI, 2011, p. 14). Propõe-se, em contrapartida, uma “antropologia positiva”, que afirme a existência de valores minimamente compartilhados que, respeitando a subjetividade, não decaia no subjetivismo, e permita afirmar “parâmetros comuns” a serem contrapostos à exaltação de “todas as necessidades e de todos os desejos”. Mesmo para quem defende o multiculturalismo, é possível afirmar que condutas como o canibalismo, os sacrifícios humanos e as mutilações genitais, praticadas em mulheres em países africanos, por exemplo, são evidentemente lesivas da dignidade humana. Assim, mesmo que não se entre facilmente de acordo quanto a tais valores, é evidente que eles existem.

Malgrado a dificuldade de afirmar, em sociedades pluralistas, os limites para o reconhecimento como fundamentais de pretensões oriundas da autodeterminação da pessoa, e considerando a necessidade de evitar decisionismos e subjetivismos, se propõe um sistema móvel de critérios para identificar tal caráter jusfundamental. De início, é de se lembrar a prevalência da liberdade individual quanto às decisões relativas ao próprio plano de vida. Na medida em que tal capacidade de decisão não afete direitos e interesses de outras pessoas, maior seria o dever do Estado e da sociedade de reconhecê-los. Principalmente se de tal reconhecimento decorrer o afastamento de situações discriminatórias ou a afirmação de aspectos essenciais à identidade da pessoa. Assim, por exemplo, merecem ser consideradas a união entre pessoas do mesmo sexo e a admissão

da cirurgia de transexualização, incluída como procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde brasileiro¹⁰, além da respectiva mudança do sexo no registro civil, como forma de permitir ao indivíduo fazer sua aparência corresponder à sua sexualidade. Mais problemática, porém, se mostra reconhecer como jusfundamental pretensão direito à amputação que venha a ser buscado por pessoas portadoras de apotemnofilia, ou *body integrity identity disorder*, uma condição que afeta pessoas fisicamente sãs, mas que desejam ter um membro amputado ou parte do corpo alterada, situação referida por Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 130). A ausência de exigência médica para tal procedimento e a diminuição permanente e grave da integridade física que dele decorre levam a afastar tal reconhecimento, impedindo também que se busque o seu custeio por meio do Sistema Único de Saúde, o que acarretaria impacto sobre toda a sociedade e o orçamento dedicado à saúde.

Quanto maior o grau de afetação de interesses e direitos de terceiros também menor deve ser a possibilidade de se invocar um caráter jusfundamental a partir das ideias de dignidade e de autodeterminação. Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 23, item 2, muito embora assegure “os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças”, impõe que em todos os casos “prevalecerá o superior interesse da criança”. Na concretização de referido dispositivo, o legislador e o julgador deverão ponderar adequadamente se o interesse da criança será salvaguardado pela adoção pretendida, podendo haver casos em que se reconheça que a adoção por pessoa com deficiência não será a melhor via para a proteção dos seus interesses. Ou seja, mesmo que se reconheça como formalmente fundamental o direito à adoção, ele há de ser ponderado com o interesse da criança.

Diante da constitucionalização formal, em virtude de sua aprovação segundo o rito do § 3º ao artigo 5º da CF/88, da prevalência do interesse da criança no caso de adoção por pessoa com deficiência, será que tal interesse também não deve ser considerado preponderante no caso de adoção por casal homoafetivo? A resposta somente há de ser positiva. Noutros termos, quer na adoção por pessoas

10 Conforme Portaria 2.803, de 19 de novembro de 2013, do Ministro de Estado da Saúde (DOU de 21 de novembro de 2013, Seção 1, p. 25).

com deficiência, quer na adoção por casal homoafetivo, o interesse da criança é que deve prevalecer, devendo tanto o legislador quanto o Judiciário atentarem para esse vetor imposto pela Constituição. É claro, porém, que tal prevalência será diferenciada, já que não se pode considerar idênticas as duas situações. Nos casais homoafetivos, a existência de condições materiais e psicológicas para a adoção não deve ser aferida da mesma forma e com o mesmo rigor que no tocante aos casais com deficiência intelectual ou mental. Mas mesmo nessa hipótese há de prevalecer o interesse da criança, materializado, por exemplo, na verificação da estabilidade da união dos adotantes e também na possibilidade de o adotado revogar a adoção, quando completar a maioridade. Já a “co-adoção” coloca maiores problemas, já que a criança ainda mantém vínculo com um dos pais biológicos. De qualquer forma, dada a formação de vínculo afetivo com o cônjuge ou companheiro do falecido pai ou mãe, devem ser reconhecidos a este alguns direitos, como o de visita, e, ao menos, a possibilidade de deter a guarda da criança ou do adolescente, ouvidos estes últimos se a sua capacidade o permitir. Pode haver situações em que a permanência com o cônjuge ou companheiro do falecido pai ou mãe seja melhor para a criança do que retornar ou passar a viver com o pai ou mãe sobrevivente.

É de se concluir que a afirmação de uma dimensão de sociabilidade, ínsita à ordem jurídico-constitucional brasileira, em consequência de seu caráter solidário, decorrente do inciso I de seu art. 3º, impõe afastar interpretações que exaltem o individualismo na afirmação de posições jusfundamentais. Quanto à possibilidade de adoção por pessoas com deficiência, a necessidade de ponderar tal faculdade com o melhor interesse da criança deverá levar ao afastamento do caráter absoluto de referida pretensão. Há que se verificar, nos casos concretos, as possibilidades materiais e pessoais de uma pessoa com deficiência adotar uma criança com responsabilidade. Principalmente no caso de se tratar de uma pessoa com deficiência intelectual ou doença mental. Mesmo reconhecendo a dignidade das pessoas com deficiência, não se pode olvidar que a situação das crianças a serem adotadas também deve ser apreciada.

A condição da pessoa humana sobre a Terra impõe considerar os vínculos que unem os indivíduos. Viver, lembra Hannah Arendt (1991, p. 16), é “estar entre os homens”, *inter homines esse*. Tal circunstância impõe afastar o reconhecimento dos direitos fundamentais do individualismo egoísta e reiterar as exigências de solidariedade e de sociabilidade que aproximam as pessoas.

5. CONCLUSÕES

Os critérios propostos para o reconhecimento da fundamentalidade de posições individuais decorrentes da autonomia da pessoa e de sua dignidade, considerando o exemplo da adoção por pessoas com deficiência, sem dúvida alguma são incompletos, não dão conta de todas as situações existenciais e merecem ser aprofundados. Constituem, porém, um passo no sentido de chamar a atenção para as exigências decorrentes da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana e a ordem constitucional brasileira, que impõem cautela na invocação pela jurisprudência, como precedentes válidos, de decisões adotadas por tribunais de países que não se inserem no mesmo modelo.

A necessidade de se considerar posições jurídicas de terceiros, afastando do mero capricho individualista a afirmação de novos direitos fundamentais, leva também à necessidade de, com frequência, se recorrer à ponderação e à apresentação de argumentos convincentes para a afirmação da fundamentalidade de uma situação existencial. Por conseguinte, há de se concluir que afirmações decisionistas, no sentido de se apontar o reconhecimento da possibilidade plena das pessoas com deficiência exercerem a faculdade de constituir família e adotar como consequência lógica de sua consagração como direitos formalmente fundamentais da liberdade, não são razoáveis em uma ordem jurídica que entroniza a solidariedade como valor fundante.

A própria consagração, pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da prevalência do interesse da criança, no caso de adoção por pessoa com deficiência, aponta para essa impropriedade. Autoriza, ainda, concluir que o reconhecimento de situações subjetivas existenciais em favor das pessoas com deficiência, especialmente mental ou intelectual, há de considerar suas peculiaridades e condições de exercer com responsabilidade os direitos delas decorrentes.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANTONINI, Luca. **Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale**. Disponível em: <<http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOTTINI, Fabien. C'est grave docteur?: À propos du caractère "schizophrénique" de la notion de "dignité humaine". **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 98-121, jan./abr. 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne?: Les transformations de la régulation juridique. **Révue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger**, Paris, n. 3, p.659-690, maio/jun. 1998. LGDJ.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas**. 2006. Disponível em: <<http://works.bepress.com/pfc/44>>. Acesso em: 29 abr. 2014.
- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Morais, 1961.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2o do Art. 5o da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-33.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 55, p. 243-260, abr./jun. 2006.
- NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 61-95, abr./jun. 2008.

- OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: Portugal - Brasil ano 2000: tema Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-261. *Studia Iurídica* 40.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Diálogos sobre direito civil, vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 3-24.
- TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. **Droit civil – Les personnes**: personnalité, incapacité, protection. 8. ed. Paris: Dalloz, 2012.

AUTORIDADE PARENTAL E PRIVACIDADE DO FILHO MENOR: O DESAFIO DE CUIDAR PARA EMANCIPAR

*“There are only two lasting bequests
we can hope to give our children.
One of these is roots;
the other, wings.”*

- W. HODDING CARTER

Joyceane Bezerra de Menezes¹

Resumo

Este artigo analisa os novos contornos do poder familiar que se estabelece no âmbito da família democrática. Nessa forma de organização familiar, cônjuges, conviventes, pais e filhos estabelecem relações de coordenação, orientadas pela solidariedade. Os filhos são reconhecidos como sujeitos de direitos e protagonizam sob a orientação dos pais, a construção de sua personalidade. Nesse aspecto, são titulares de direitos fundamentais e de personalidade, cujo exercício não pode ser efetivado pelo mecanismo de substituição de vontade, tal como se verificava com a incidência do antigo pátrio poder. Os filhos tem direitos de liberdade e de privacidade até mesmo em face dos pais, de sorte que o exercício do poder familiar não autoriza a sujeição dos filhos ou a ofensa à sua dignidade. O poder familiar é limitado pela função instrumental de promover a personalidade e o cuidado dos filhos.

Palavras-chave

Direitos fundamentais; Vulnerabilidade; Menoridade; Poder familiar.

Abstract

This paper analyses the new features from the family power in the democratic family. The components of this “new family arrangement” establish themselves

1 Pós-doutoranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR).

relationships based on solidarity. The children are recognized as worth of rights, and their personalities should grow under parents' orientation. The children are worth of fundamental and personality rights. They have the rights of liberty and privacy in the family place. Thus, the fathers can not to submit them to it own will. Conversely, the family power ought to have the task of promoting the personality growing and care of their children.

Key words

Fundamental Rights; Vulnerability; Nonage; Familial power.

1. INTRODUÇÃO

Entre os documentos sobre os direitos humanos, a necessidade de proteção especial à infância foi mencionada pela primeira vez na Declaração de Genebra, em 1924. Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1959), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)² bem como outros estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas das organizações internacionais voltadas para a promoção do bem-estar da criança, reiteraram a importância dessa tutela especial.

Mas somente em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, anunciando um conjunto de direitos voltados especificamente para a população infanto-juvenil que viria a consolidar as bases da doutrina da proteção integral considerando seu estágio de desenvolvimento e sua condição de vulnerabilidade. A Convenção foi assinada pelos 193 países que compõem a ONU e ratificada por 191 nações e configura-se como o instrumento jurídico mais aceito na história da humanidade.³

No Brasil, sua ratificação se fez pelo Decreto nº 9.710/1990, quando o país incorporou a chamada “doutrina da proteção integral do menor” já antecipada pela Constituição de 1988 e reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

2 Ratificado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

3 Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pr/resources_10120.htm. Acesso em 20 de maio de 2014. Somente os Estados Unidos e a Somália não a subscreveram, embora já tenham manifestado o interesse em fazê-lo.

(Lei nº 8.069/1990). Sob a fundamentação de tais normas, crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos humanos e fundamentais, destinatários de especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar.

Cotejando esta plataforma de direitos, o presente texto destaca a análise do direito fundamental à privacidade dos filhos menores em face do poder parental. Parece estranho que a criança ou o adolescente goze de *privacidade e de liberdade* diante daqueles a quem cabe criá-los, assisti-los e educá-los, garantindo-lhes proteção e segurança (art.1.634, CC). Ecoa ainda a ideia de que os filhos são sujeitos passivos na relação com seus pais, figurando como meros “objetos de direito” da autoridade parental.

Não obstante, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente lhes assegura expressamente, no art. 15, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Vai além, afirmando, no art. 16, que a tutela da liberdade consiste no direito de locomoção, de opinião e expressão, de crença e culto, de brincar e divertir-se, bem como a participar da vida familiar, da vida comunitária e da vida política, sendo-lhes deferida a possibilidade de buscar refúgio, auxílio e orientação. Tal direito ao respeito implica a inviolabilidade da integridade física e psíquica, abrangendo a preservação de sua imagem, identidade, autonomia, valores, ideias e crenças, dos espaços e de seus objetos pessoais (art.17).

Mas como será possível aos pais cumprir a tarefa parental de cuidar e educar seus filhos, havendo que respeitar-lhes a privacidade e a liberdade? A resposta a esta indagação está entrelaçada ao aspecto funcional do poder familiar tal como se configura no direito civil atual, cuja finalidade precípua é a promoção do desenvolvimento do filho, respeitando sua dignidade. Apesar da capacidade jurídica limitada da criança ou do adolescente, parece necessário reconhecer a capacidade de agir que já houver alcançado no seu processo de amadurecimento e emancipação, admitindo-se aquelas escolhas existenciais para as quais já demonstra a competência necessária. Se o perfil funcional do poder familiar é educar para a formação da personalidade, não há como fazê-lo somente mediante o cerceamento da liberdade, mas também através da promoção desta (VILLELA, 1980). O desafio está em identificar a justa medida entre o cuidar e o emancipar.

2. A FAMÍLIA DEMOCRATIZADA E AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DO PODER FAMILIAR

A tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez mais desorganizado, pouco hierarquizado e independente de laços consanguíneos, baseado em laços afetivos e em valores compartilhados.

Com efeito, a partir das últimas décadas do século XX, no mundo ocidental, o ambiente familiar voltou a tornar-se atraente porque um de seus fundamentos passou a ser o respeito por seus componentes, tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais em relação aos filhos, alterando profundamente as relações de autoridade antes existentes (SINGLE, 1996). Essa mudança permitiu a ampliação, em seguida, dos espaços de autonomia, do crescimento individual e da auto-afirmação de cada membro dentro do grupo.⁴

Para Anthony Giddens “a família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social” (1999, p.98). Para ele (1999, p.99), um dos principais teóricos desta concepção, a democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social.

O direito civil contemporâneo confia o poder familiar a ambos os genitores para que assumam, igualmente, um feixe de posições jurídicas (dever, poder, direito, faculdade, interesse) voltadas para a complexa finalidade de educar, criar, assistir, representar o filho e gerir seu patrimônio, a fim de contribuir para o desenvolvimento de sua personalidade e sua inserção na sociedade. Aquela antiga configuração do poder familiar como poder-sujeição, o chamado pátrio-poder, caiu em desuso no âmbito da família democrática.

4 Como observa François de Singly (2000), *In Famille et individualisation*, os indivíduos das sociedades contemporâneas ocidentais não podem ser comparados aos das gerações precedentes, dado o imperativo atual de tornarem-se indivíduos originais e únicos. Em consequência, a família modificou-se para produzir esses indivíduos, podendo-se notar dois momentos distintos ao longo do séc. XX. Até a década de 1960, a comunidade familiar ainda permanecia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual agiam seus membros; a partir de então, caracteriza-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja “verdadeira natureza” deve ser respeitada e incentivada

Com efeito, não há mais dúvida de que, em uma concepção de igualdade participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.

Cabe, portanto, aos pais a função (parental) primordial de promover as potencialidades criativas do filho, de sorte a sobrelevar o interesse do menor que se identifica com a obtenção de uma autonomia pessoal (emancipação) e se concretiza na possibilidade de expressar escolhas e propostas alternativas em relação aos mais diversos setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos, desde que seja salvaguardada a sua integridade psíquica e o global crescimento de sua personalidade (PERLINGIERI, 2007, p. 259). Nesse processo, devem balizar o exercício da autoridade parental no melhor interesse do menor e não mais no eventual interesse da família, como instituição, ou deles próprios, num esforço de manutenção da conjugalidade a qualquer custo.⁵

Os interesses pessoais da criança e do adolescente devem ser considerados, assim como a sua capacidade de agir, na medida em que gradualmente alcançarem maturidade e discernimento, especialmente quanto às questões existenciais. Na medida em que são sujeito de direitos fundamentais, não parece razoável que possam ser privados do seu exercício, quando apresentarem o *necessário* discernimento (PERLINGIERI, 2007, p.261). A autoridade parental deve, portanto, buscar respeitar as inclinações e aspirações naturais do filho, bem como estimular o exercício da autonomia responsável. Ainda que deva, durante o processo educativo e em nome do melhor interesse do filho, restringir a sua liberdade ou a privacidade, os pais não poderão usar de violência física ou moral.⁶

5 De acordo com Javier Llobet Rodriguez (2010, p.510), “el interés superior del niño tuvo su origen en derecho común,, especialmente para regular los problemas de conflictos entre los intereses de otros sujetos y los del niño, principalmente en material de Derecho de Familia, ello para el ejercicio de la patria potestad por los padres y las decisiones sobre la custodia de los niños” .

6 Projeto de Lei no.7672/10, que altera o Estatuto da Criança e Adolescente propõe o fim dos castigos físicos no processo educativo. Senão veja-se a redação proposta para o art. 17 do ECA: “Art. 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto.

Como o melhor interesse da criança não é uma espécie normativa de conteúdo predeterminado, mas um princípio aberto que orienta a opção pela alternativa mais adequada à dignidade da pessoa menor, quando houver conflito envolvendo seus interesses,⁷ sua aplicação não se afigurará tarefa fácil. Desafiara o aplicador do direito a abandonar sua percepção individual do que seja certo ou errado para considerar as influências dos fatores psicossociais circundantes a cada caso, devendo recorrer aos conhecimentos de outras áreas da ciência e ao parecer de profissionais dessas áreas, tais como psicólogos, psicanalistas, terapeutas, pedagogos etc.

Em todo caso, não se chegará à definição do que seja o melhor interesse da criança sem investigar as necessidades e a vontade do principal interessado (MARTINS, 2009, p.87-89). Por oportuno, sublinha a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, que a criança tem o direito de ser ouvida e de participar, na medida de sua capacidade e discernimento, das decisões concernentes aos seus interesses, como um sujeito de direito e não apenas um mero objeto de proteção.⁸

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - castigo corporal: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente.

II - tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente.” Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=790543&filename=PL+7672/2010. Acesso em 13/06/2014.

- 7 Nesses termos, diz a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (Dec.99.710/99): “Artigo 3o., 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” e
- “Artigo 6º.:1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 15/06/2014).
- 8 Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (Dec.99.710/99), “Artigo 12
1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados

Tampouco se alcançará o melhor interesse da criança sem se avaliarem os aspectos pertinentes ao cuidado e ao afeto, condições indispensáveis à formação da personalidade de qualquer ser humano. No sentido amplo, cuidado implica em “garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional” (TUPINAMBÁ, 2008, p.138). O afeto, seguindo a teoria da ligação de Bolwby (2006), constitui o vínculo de proximidade duradouro que se estabelece entre indivíduos específicos, capaz de se lhes proporcionar envolvimento emocional, apoio e a segurança.⁹ Por meio da base segura que a figura de ligação promove, a criança tende a empreender mais escorreitamente a sua jornada emancipatória.¹⁰ Nesta senda, educar o filho é apoiar seu desenvolvimento e promover o exercício de uma liberdade responsável, auxiliando em todo o processo de formação de uma pessoa adulta, solidária e autônoma (IANNI, 1977, p.875).

Na realidade, por outro lado, as estatísticas que apontam os índices de violência contra crianças e os adolescentes no Brasil, especialmente no âmbito familiar,¹¹

com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 15/06/2014).

- 9 Em suma, o comportamento de ligação consiste em “qualquer forma de comportamento que resulta em que uma pessoa alcance ou mantenha a proximidade com algum outro indivíduo diferenciado e preferido, o qual é usualmente considerado mais forte e (ou) mais sábio. Embora seja especialmente evidente durante os primeiros anos da infância, sustenta-se que o comportamento de ligação caracteriza os seres humanos do berço à sepultura” (BOLWBY, 2006, p.171).
- 10 Segundo Bolwby, “o comportamento dos pais, e de qualquer pessoa que se incumba do papel de cuidar da criança, é complementar do comportamento de ligação. A função de quem dispensa esses cuidados consiste em, primeiro, estar disponível e pronto a atender quando solicitado, e, segundo, intervir judiciosamente no caso de a criança ou a pessoa mais idosa de quem se cuida estar prestes a meter-se em apuro. Não só isso constitui o papel básico, como existem provas substanciais de que o modo como é desempenhado pelos pais determina, em grau considerável, se a criança será mentalmente saudável ao crescer.” (2006, p.175-176)
- 11 Sobre violência doméstica, é de interessante leitura, o editorial da *Civilística.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil (2013), escrito por Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível

denunciam uma expressão patogênica da autoridade parental, quase oposta ao que seria sua expressão ideal. Dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN – do Ministério da Saúde,¹² que registraram o atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS, no ano de 2011, informam cerca de 98 mil atendimentos a crianças e adolescentes vítimas de violência.¹³ Os pais (pai, mãe, padrasto e madrasta) foram listados como os responsáveis pelas agressões em 39,1% daqueles atendimentos.¹⁴

3. A IMPRESCINDIBILIDADE DO CONHECIMENTO PARA O BOM DESEMPENHO DA FUNÇÃO

Deixando de lado os extremos casos de violência registrados pelas estatísticas ou pelos jornais, é de se perguntar sobre os corriqueiros casos de violação dos direitos da criança na rotina doméstica, quiçá com alguma tolerância da família e da comunidade. Essas violações aos direitos da criança podem ter explicações as mais diversas: o desamor pelo filho, a mágoa em relação ao outro genitor, o desequilíbrio emocional mais acentuado do abusador ou a mera inabilidade para conduzir a criação. Não é raro que os pais se achem perplexos diante de circunstâncias sobre as quais não saibam como reagir. Em todo caso, esses

em: <http://civilistica.com/uma-ideia-louvavel-contr-a-violencia-domestica/>. Acesso em 15/05/2014.

12 Conforme dados registrados pelo Mapa da Violência. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Criancas_e_Adolescentes.pdf. Acesso em 20/05/2014.

13 Desse total: 40,5% eram vítimas de violência física; 20% eram vítimas de violência sexual, com especial concentração entre crianças entre 5 a 14 anos; 17% sofreram violência psíquica ou moral, e 16% eram vítimas de negligência ou abandono, sendo este universo as crianças entre 0 e 4 anos.

14 Exemplos mais recentes não faltam: somente no primeiro semestre de 2014, o DISQUE 100, no Estado do Ceará, recebeu diversas denúncias de malferimento dos direitos das crianças/adolescentes, dentre os quais a que se formulou contra um pai que mantinha o filho de 15 anos em cárcere privado, sob a justificativa de proteger a família do escândalo público provocado por seu comportamento homossexual. No Rio Grande do Sul, o assassinato do menino Bernardo Boldrine expôs ao público, os riscos severos que a criança pode sofrer no convívio com os seus próprios familiares, fazendo ressaltar a importância e a dificuldade da oitiva da criança que busca por refúgio e proteção contra seus pais. V. a respeito desse último caso, matéria da Folha de São Paulo intitulada “Polícia indicia três suspeitos por morte de Bernardo”, sendo esses seu pai, sua madrasta e uma amiga da família na reportagem disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/05/1453670-policia-indicia-tres-suspeitos-por-morte-de-bernardo.shtml>. Acesso em 19 mai. 2014.

fatores parecem resultar da compreensão equivocada que se tem sobre o papel da autoridade parental. Conquanto os pais não sejam isentos de defeitos, a ponto se estarem aptos a proteger seus filhos de tudo aquilo que possa lhes possa prejudicar ou para controlar suas próprias emoções em todo o tempo, tem o dever de se manterem atentos a fim de cumprir o seu papel da melhor maneira possível. No mínimo, tem o dever de não causar dano proposital aos seus filhos.

Não raro, porém, pais que foram vítimas de comportamento violento e abusivo de seus genitores, tendem a reproduzir a conduta ofensiva ou a incorrer no outro extremo: excessivo rigor ou excessiva tolerância (JUNG, 2011). Quando vítimas de severidade excessiva, passam a tratar seus filhos com uma tolerância desmedida; se na infância, certos aspectos da vida lhes haviam sido ocultados escrupulosamente, agora os expõe aos filhos de modo excessivamente esclarecedor. A paternidade e a maternidade, como se sabe, não operam o milagre de desnudar o indivíduo de suas experiências positivas e negativas; por isso, para melhor cumprir o papel paterno e materno, é salutar que o indivíduo consiga organizar melhor as suas próprias emoções, em especial, seus sentimentos ambivalentes.¹⁵

O exercício do poder familiar requer responsabilidade; portanto, certa maturidade e alguma saúde, razão pela qual os pais também merecem ser assistidos e orientados quando não conseguirem levar a efeito o seu ofício parental. Ainda que o planejamento familiar seja livre decisão da pessoa e/ou do casal, uma vez que lhes sobrevenham filhos, a responsabilidade por sua criação é inexorável. Caberá a eles, a tarefa de promover o desenvolvimento dos seus filhos, proporcionando-lhes as condições materiais e imateriais necessárias, independentemente das marcas e cicatrizes que já acumularam ao longo da vida.

Observa-se que não se atribui aos pais a tarefa de constituir ou formatar a personalidade de seus filhos, mas a de auxiliar nesse processo. Para Jung (2011), a personalidade já existe, de algum modo, na criança, cabendo aos pais fomentar o seu desenvolvimento no decorrer da vida até que cheguem à fase adulta. Neste

15 Nas conclusões de John Bowlby, “existe uma forte relação causal entre as experiências de um indivíduo com seus pais e sua capacidade posterior para estabelecer vínculos afetivos, e que certas variações comuns dessa capacidade, manifestando-se em problemas conjugais e em dificuldades com os filhos, assim como nos sintomas neuróticos e distúrbios de personalidade, podem ser atribuídas a certas variações comuns no modo como os pais desempenham seus papéis.” (2006, p.179).

sentido, afirma-se que a criança possui “uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto, sujeito ativo na construção do seu futuro numa relação intersubjetiva com os pais, titular de direitos fundamentais.” (MARTINS, 2009, p.86-87), Ao longo da vida, o ser humano se constrói e se reconstrói, sendo decisivo o apoio da família nos primeiros anos.

A teoria do apego desenvolvida por John Bowlby (2006) destaca, por seu turno, a importância do afeto para garantir às crianças uma base segura na formação de sua personalidade. Conjugando o amor e o cuidado, os pais edificariam essa base segura capaz de oferecer à criança o suporte e a confiança quanto à fonte e disponibilidade de apoio. Para Bowlby, “acumulam-se evidências de que seres humanos de todas as idades são mais felizes e mais capazes de desenvolver melhor seus talentos quando estão seguros de que, por trás deles, existem uma ou mais pessoas que virão em sua ajuda caso surjam dificuldades” (2006, p.139). As crianças que crescem na companhia de pais que proporcionam essas condições, apresentam-se mais seguras, autoconfiantes e mais cooperativas com as outras pessoas.¹⁶ Em contrapartida, a parentalidade patogênica¹⁷ potencializa o comportamento ansioso, inseguro, superdependente e imaturo que pode levar o indivíduo, em condições de estresse, a desenvolver sintomas neuróticos, depressão ou fobia, mas, principalmente, violência (BOWLBY, 2006, p.180).

16 “Na literatura psicanalítica, diz-se que uma pessoa assim tem um ego forte; e pode ser descrita como alguém que é dotado de “confiança básica”(Erikson, 1950), “dependência Madura” (Fairbairn, 1952), ou “introjetou um objeto bom”(Klein, 1948). Nos termos da teoria da ligação, a pessoa é descrita como tendo construído um modelo representacional de si mesma como sendo capaz de se ajudar e merecedora de ser ajudada se surgirem dificuldades” (BOWLBY, 2006, p.179.)

17 Nos estudos de Bowlby, os indivíduos que desenvolvem tais sintomas “estiveram expostos a pelo menos um, e geralmente mais de um, de certos padrões de parentalidade patogênica, os quais incluem: a) ausência persistente de respostas de um ou ambos os pais o comportamento eliciador de cuidados, da criança e/ou depreciação e rejeição marcada; b) descontinuidade de parentalidade, ocorrendo mais ou menos frequentemente, incluindo períodos em hospital ou instituição; c) ameaças persistentes por parte dos pais de não amar a criança, usadas como um meio para controlá-la; d) ameaças, por parte dos pais, de abandonar a família, usadas ou como método de disciplinar a criança ou como uma forma de coagir o cônjuge; e) ameaças por parte de um dos pais de abandonar ou mesmo matar o outro, ou então de cometer suicídio (estas ameaças são mais comuns do que se poderia supor); f) indução de culpa à criança, afirmando que o comportamento dela é ou será responsável pela morte de um dos pais. Qualquer dessas experiências pode levar uma criança, um adolescente ou um adulto a viverem em constante ansiedade, com medo de perder sua figura de ligação e, por conseguinte, a ter um baixo limiar para a manifestação do comportamento de ligação”. (2006, p.180).

Nesse contexto, é de se indagar se haveria algum método eficiente para ajudar aos pais na formação da personalidade dos seus filhos. Através dos relatos da psicanálise há mais registros sobre o que deve ser evitado do que sobre métodos infalíveis e eficazes para a formação da personalidade dos filhos. Segundo Bowlby, o modo como as intervenções são realizadas são mais importantes do que a própria intervenção em si.¹⁸

A despeito das eventuais dificuldades pessoais de cada pai ou mãe, o direito estabelece direitos para as crianças e adolescente que não podem ser ofendidos. Há, portanto, normas jurídicas especiais que limitam o exercício da autoridade parental em face do interesse dos filhos. A autoridade dos pais entendida

18 Explicando melhor, “muitas das dificuldades com que os pais se defrontam, o que não chega a causar surpresa a ninguém, resultam da sua incapacidade para regular a própria ambivalência. Quando nos tornamos pais para uma criança, poderosas emoções são despertadas, emoções tão fortes quanto as que vinculam um bebê à mãe ou um amante a outro. Nas mães, em particular, existe o mesmo desejo de posse completa, a mesma devoção e a mesma renúncia a outros interesses. Mas, lamentavelmente, a par de todos esses sentimentos deliciosos e ternos, ocorre também, com excessiva frequência, uma mistura – hesito em dizê-lo – de ressentimento, e até de ódio. A intrusão de hostilidade nos sentimentos de uma mãe ou de um pai pelo seu bebê parece tão estranha, tão chocante e, muitas vezes, tão horripilante, que muita gente terá dificuldade de acreditar. Entretanto, é uma realidade e, por vezes, uma sombria realidade para um dos pais e para a criança. Qual é a sua origem? Embora ainda seja difícil explicar essa hostilidade, parece evidente que os sentimentos que são despertados em nós quando nos tornamos pais têm muito em comum com os sentimentos que foram suscitados em nós, quando crianças, por nossos pais e irmãos. A mãe que sofreu privação pode, se não se tornou capaz de sentir afeição, experimentar uma intensa necessidade de possuir o amor do bebê e fazer tudo o que estiver ao seu alcance para assegurar-se de que o obtém. A mãe que, quando criança, tinha ciúmes do irmão mais novo, poderá experimentar agora uma hostilidade absurda e exorbitante pelo novo e pequenino “estranho” que veio instalar-se na família. Esse sentimento, entretanto, é mais comum no pai. A mãe (ou o pai) cujo amor pela própria mãe era impregnado de antagonismo pelo modo autoritário como, em criança, foi por ela tratada(o), será passível de irritar-se e abominar o modo como o bebê faz valer e impõe suas exigências. Acredito que o problema não reside na simples repetição de antigos sentimentos – talvez uma certa dose desses sentimentos esteja presente em todos os pais – mas, sobretudo, na incapacidade parental para tolerar e regular esses sentimentos. Aquele que, na infância, experimentaram intensa ambivalência em relação aos seus pais ou irmãos, e que recorreram então, inconscientemente, a um dos muitos mecanismos primitivos e precários de resolver o conflito a que me referi antes – repressão, deslocamento, projeção, etc. – estão despreparados para a renovação do conflito quando se tornarem pais. Em vez de reconhecerem a verdadeira natureza de seus sentimentos em relação à criança e de ajustarem seu comportamento, veem-se instigados e impelidos por forças que ignoram, e mostram-se perplexos por serem incapazes de agir com todo o amor e paciência que desejam.” (BOWLBY, 2006, p. 33-34).

exclusivamente como um múnus privado desapareceu, porque hoje se considera que ele transcende o interesse pessoal ou a mera vontade de sujeitar os filhos.¹⁹

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE DO MENOR: AUTONOMIA E PRIVACIDADE

Descortinada a importância da infância e da adolescência ao longo do Século XX, emergiram os já mencionados documentos internacionais sobre direitos humanos, especialmente voltados para a pessoa nessa fase do desenvolvimento. A plataforma protetiva ali estabelecida findou por delinear limites ao poder familiar. Instituiu-se a doutrina da proteção integral, por meio da qual a invisibilidade social do menor cedeu lugar ao *princípio do melhor interesse da criança*, elemento norteador das decisões que lhes dizem respeito. Os pais, os responsáveis, as instituições, as autoridades, os tribunais ou quaisquer entidades deverão sempre optar pela escolha que lhes proporcionar o máximo bem-estar possível. Nesse processo a criança ou o adolescente emerge como um sujeito ativo, titular do direito de manifestar suas razões, crenças e pensamentos.

No Brasil, o princípio do melhor interesse da criança alcançou fundamentalidade material com a sua inscrição no art. 227 da Constituição, impondo-se à Família, à Sociedade e ao Estado o dever de sua promoção. Pressuposto de uma sociedade solidária, esse princípio também é estabelecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (art.18)²⁰, que igualmente reafirma a

19 Um bom exemplo sobre a questão envolve a possibilidade de *homeschooling* e a resistência por parte do Estado brasileiro pautada, especialmente, no art. 55, da Lei no.8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que “os pais ou responsáveis têm obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

20 “Artigo 18: 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. 2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a

criança e o adolescente como destinatários dos direitos proclamados na Carta das Nações Unidas e nas declarações universais de direitos.²¹

A filiação assume uma centralidade institucional na família, em lugar da conjugalidade (BODIN DE MORAES, 2010, p.427). Enquanto a conjugalidade tem fundamento substancial na liberdade e na igualdade; a relação paterno filial articula-se por meio do trinômio liberdade, igualdade e responsabilidade. Ainda que se respeitem os direitos dos filhos, o dever parental de cuidado poderá permitir intervenções legítimas na seara da liberdade e da privacidade dos menores.

Entre pais e filhos há uma relação assimétrica, na qual os filhos menores, dada a sua vulnerabilidade, recebem especial tutela e aos pais se atribui a franca responsabilidade por sua criação, educação e sustento. No exercício da autoridade parental, a liberdade e autonomia dos pais se desvanece em face da solidariedade familiar, razão pela qual inadmite-se que abandonem impunemente os seus filhos.²²

Mas a dificuldade primordial está em compatibilizar as responsabilidades de cuidar, cerceando a liberdade com a função de emancipar pela promoção da autonomia.

Há que se reconhecer aos filhos a capacidade de exercício das liberdades previstas constitucionalmente, quando gozarem do necessário discernimento. Isso implica na dissociação da capacidade de agir da capacidade jurídica da criança, no que toca ao exercício de sua autonomia para realizar escolhas, especialmente quanto às matérias de natureza não patrimonial, na medida de sua maturidade

fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.” Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (Dec.99.710, de 21 de novembro de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 15/05/2014.

21 A Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas reconhece a vida privada como um direito do homem, no art. 12º. O art. 8º. da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também dispõe sobre a vida privada e intimidade como direitos individuais. Além disso, o Pacto San José da Costa Rica, apesar de adotar uma redação mais pulverizada, garante a proteção da vida privada nos artigos 11.2, 11.3, 17 e 19. Pelo disposto no art.11.2 e 3 tem-se que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

22 Há tipos penais que se perpetram por ofensa ao dever de assistência familiar, conforme se verifica no Código Penal Brasileiro, art.244 e segs.

e do seu juízo crítico.²³ Essa possibilidade é acolhida pelo art.12 da Convenção citada,

Artigo 12

1. Os Estados **Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.**

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

O BGB alemão, no art. 1622, II já seguia nessa direção,

Nos cuidados e educação considerem os pais a crescente capacidade e a crescente necessidade do filho para a ação autônoma e conscientemente responsável. Discutam com o filho, tanto quanto seja oportuno em função do estágio de seu desenvolvimento, questões da atenção parental e se empenhem na obtenção do consenso.

Como informa Ruscello (2000, p.59), a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial. Não faz sentido atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial sem lhe conceder a capacidade de exercício. A esse respeito, o discernimento deve ser o pressuposto para jurisdicizar e validar a vontade do menor (TEIXEIRA, 2009, p.150).

23 “Já não se trata simplesmente de rever os limites etários da capacidade civil, da nupcialidade ou mesmo de reconhecimento da validade dos negócios jurídicos empreendidos por menores em tenra idade. Penetra-se mais fundo a problemática subjacente às determinações tópicas de aptidão etária para se compreender que o fenômeno do crescimento biológico e emocional, que é contemporâneo da vida, tem de encontrar resposta permanente no direito, que requer assim determinações matizadas e flexíveis para a material. Sente-se nas suas novas tendências que o regime jurídico das relações paterno-filiais procura exprimir o que SCHWARTZ chamou de “pedagogia da escolha”, que é, em suas próprias palavras, uma pedagogia de contrato, vale dizer, da liberdade” (VILLELA, 1980, p.32).

Sob essa fundamentação se afirma o direito à privacidade da criança e o adolescente (MENEZES, 2013). A considerar o art. 16, da citada Convenção, “*Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação*” (grifo intencional). A lei deverá protegê-la contra interferências ou atentados de tal ordem.

Nem mesmo aos pais é fraqueada a faculdade da interferência arbitrária ou ilegal na vida particular de seus filhos menores, haja vista a dramática ruptura com o antigo conceito de pátrio poder, no qual a autoridade parental possuía uma espécie de direito subjetivo sobre a pessoa do filho. Atualmente a autoridade parental é instrumental, funcionalizada para a promoção da personalidade dos filhos. Eventual interferência paterna/materna na esfera privada do filho há que ser motivada pelo especial dever de cuidar e de promover sua segurança e a sua personalidade. A função estabelecida, pelo ordenamento jurídico, para a autoridade parental somente merece tutela se e quando for exercida como um múnus, um complexo de direitos e deveres visando o melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência (TEPEDINO, 2004, p. 41).

Transparece, de modo especial, a ambivalência própria das relações familiares, pois na conjugação das tarefas de cuidar e de emancipar, ora se cerceia, ora se promove a liberdade (VILLELA, 1980, p. 10). Segundo atenta doutrina, se de muitas formas a família limita o indivíduo e o sacrifica em sua pretensão de liberdade, ao revés, ao possibilitar-lhe a realização pessoal pelos contatos mais profundos a que dá origem, a família também o liberta, isto é, promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente único (VILLELA, 1980).

Na qualidade de comunidade intermediária entre o indivíduo e o Estado, voltada para a proteção e promoção da pessoa, “a família contemporânea definharia se tivesse que se confrontar com os valores pessoais, a autonomia, a liberdade ou o interesse do indivíduo” (IANNI, 1977, P.866). O delineamento jurídico da família democrática não admite a configuração autoritária, embora não afaste o dever de obediência dos filhos em relação aos pais e nem os serviços que devem ser prestados por eles na medida de sua condição (AUTORINO,

2007, p.187). Assim, ainda é possível aos pais, em nome do cuidado conjugado com a promoção do desenvolvimento, tomar parte na vida privada dos filhos, especialmente se estes estiverem correndo riscos. Mas essa intromissão somente será legítima se tiver fundamento na promoção do seu desenvolvimento, na garantia da sua integridade e no respeito à sua dignidade, em conformidade com a doutrina da proteção integral.²⁴

5. OS NOVOS SIGNIFICADOS DA PRIVACIDADE

O processo de desinstitucionalização ou privatização da família permitiu não apenas a conquista do direito à vida privada em família²⁵ em oposição à esfera pública, mas também favoreceu o direito à vida privada individual (PROST, 1992, p.61). Tocante a essa matéria entram em cena conceitos tais como vida privada, privacidade, intimidade, direito de estar só e direito a preservar o segredo, abordados de modo distinto por diferentes autores,²⁶ refletindo a dificuldade da doutrina nacional em aplicar uma definição *âncora* (DONEDA, 2006, p.102).

A Constituição Brasileira trata de vida privada e da intimidade como elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Mas não é fácil estabelecer o que sejam essas situações subjetivas na sociedade da informação. Recorre-se à explicação

24 Recomenda-se o artigo de Rose Vencelau e de Vivianne da Silveira Abílio que discute a temática da autoridade parental e a liberdade dos filhos, exatamente informando a possibilidade restritiva dessa liberdade para promover o cuidado (2012, p.339-354).

25 Entenda-se a *vida privada familiar* como aquela vida relacional entre aqueles que compõem a unidade familiar (pais e filhos, cônjuges ou companheiros, parentes mais próximos), que goza de proteção contra as ingerências externas arbitrárias. Embora a ideia de vida privada familiar nasça em correlação com a ideia de privacidade, associada aos muros que cercam o lar, em oposição à vida pública, modernamente seu conteúdo expande para proteger o interesse pertinente à família, mesmo além dos limites físicos do lar. Constitui um direito fundamental que demanda prestações positivas e negativas do Estado, cuja postura não se limita a não intervir no exercício dos direitos individuais, mas também envolve prestações positivas tendentes a permitir o seu efetivo gozo. De igual sorte, também obriga os demais particulares que não podem se imiscuir em assuntos internos à família, a exemplo do planejamento familiar. Na medida em que inexistem direitos absolutos, é possível a intervenção na vida privada familiar para assegurar, no caso concreto, a primazia de um interesse maior presente no caso concreto, ou seja, para combater a violência doméstica contra a mulher ou contra a criança e o adolescente, por exemplo.

26 No Brasil, destacam-se os trabalhos de Paulo José da Costa Junior (2007), mais recentemente, de Ilton Norberto Robl Filho (2010), Danilo Doneda (2006) e Silvana Maria Carbonera (2008).

de Stefano Rodotà (2008), para quem a ideia de privacidade está em franca expansão. Define a privacidade ora como o direito de manter controle sobre as próprias informações, ora como àquele “conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo” (2008, p.92). Privacidade implica, por fim, na “tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”. É com esta amplitude que se compreende a proteção constitucional à vida privada e à intimidade, prevista na Constituição Brasileira (art.5º., X), especialmente se a sua leitura se faz sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

A intimidade é um prolongamento da personalidade e um requisito essencial ao seu desenvolvimento (CIFUENTES, 1995, p.543). A vida privada, por seu turno, é um espaço para a autodeterminação indissociável à condição de pessoa. Portanto, o sujeito capaz de protagonizar a sua própria história deverá ter a sua intimidade e a vida privada preservadas, ainda quando estiver sujeito à influência do poder familiar. Relembre-se que os elementos essenciais a sua personalidade são inalienáveis e gozam de especial proteção jurídica. É certo que a medida do seu discernimento e da sua maturidade determina a extensão da liberdade e da privacidade que os filhos gozam em face dos pais.

Na doutrina italiana (RUSCELLO, 2000, p.61) reitera-se que independentemente da idade, é possível encontrar jovens com idade inferior a dezoito anos e maturidade suficiente para a prática de certos atos, sendo razoável reconhecer-lhes os respectivos efeitos jurídicos. A título de exemplo, cita-se a possibilidade do casamento de menores de idade sem a autorização dos pais ou responsáveis, no Brasil, onde o magistrado tem poder de suprir a denegação injusta (art.1.519, Código Civil Brasileiro). De igual sorte, o menor relativamente incapaz já tem a faculdade de registrar o nascimento de seu filho, sem a autorização dos pais ou responsáveis.

O direito da criança e do adolescente à vida privada é assegurado não apenas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, mas também pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷ que ratifica para os seus destinatários todos os

27 Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, Art.3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da

direitos deferidos à pessoa humana, inclusive a vida privada familiar e a vida privada individual. Entre os artigos 15 e 18, dispõe sobre a proteção da dignidade, o respeito e a liberdade da criança.

No campo das situações existenciais, é de notar que o menor já é sujeito de direitos que não podem ser negados pelo exercício do poder familiar: a vida, o nome, a honra, a imagem, a intimidade, as inclinações pessoais, as aspirações etc. Destaca-se, tocante à privacidade, a necessidade de proteção dos seus dados sensíveis, tais como a convicção religiosa, filosófica, ideológica, a opinião política, o estado de saúde e a vida sexual etc.

Assim, os pais também tem de respeitar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que garantem aos menores de 18 anos o direito de brincar, de se divertir, de escolher o esporte que pretendem praticar, sua liberdade de crença e culto e a sua liberdade de expressão (art.16). Se essa liberdade é mitigada pelo dever de obediência dos filhos aos pais, a quem cabe exercer o cuidado, na medida em que a criança e o adolescente alcançar discernimento, estes pais também não poderão, de um modo genérico, impor-lhes certas escolhas: devem respeitar a sua autodeterminação quando demonstrarem discernimento e capacidade decisional.²⁸ A sujeição do menor à autoridade paterna egoísta e desarrazoada, no trato dessas questões não patrimoniais, pode implicar em violação ao princípio da dignidade, da solidariedade e prejudicar, antes de promover, o desenvolvimento da personalidade (RUSCELLO, 2000, p.69).

Mas, como referido, a principal dificuldade está na aferição do discernimento²⁹ do menor. Para avaliar sua maturidade e seu nível de discernimento, importa ouvi-lo, por meio de um diálogo aberto, no qual ele seja realmente um

proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

28 Com o novo tônus que a família assume, torna-se indispensável que “a relação parental seja examinada em seu perfil dinâmico, no âmbito do processo educacional de modo a que os filhos possam, aos poucos, libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural déficit de maturidade que lhes é característico, decrescendo-se, progressivamente, em consequência, o grau de intervenção dos pais sobre seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variada, durante a incapacidade” (TEPEDINO, 2009, p.203).

29 Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “discernimento, ou capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade” (2010, p.192).

interlocutor ativo. À medida em que o discernimento aumentar, o poder do genitor³⁰ em realizar as escolhas em nome do menor deve retrair. A autoridade parental deve ser mais firme nos primeiros anos e mais flexível à medida em que o menor vai alcançando a maturidade, momento em que se intensifica a promoção de sua autonomia (AUTORINO, 2007, p.186). No primeiro momento, amplia-se o poder para melhor cuidar; na adolescência, promove-se o diálogo para a construção de soluções compartilhadas, visando mais o emancipar do que o cercar, ainda que persista o dever dos pais de zelar pela integridade psicofísica dos seus filhos adolescentes.

Dito isto e, citando questões práticas, como o exemplo no qual a criança ou o adolescente tenha interesse pelos entretenimentos oferecidos por meio da internet, poderão os pais disciplinar o uso do computador, estabelecendo os horários para o acesso, o local em que o equipamento deve ser instalado e o filtro para certos sítios eletrônicos, com a explicação devida, se solicitada. O acesso aos *e-mails* pessoais dos filhos, porém, poderá se assemelhar à violação de correspondências pessoais. Ressalve-se, porém, que o cuidado com as crianças menores deve ser maior do que com os adolescentes. Os pais podem, mediante prévio diálogo, acompanhar as mensagens achadas nas contas eletrônicas de seus filhos de menor idade, mais imaturos e mais suscetíveis aos abusos de terceiros. Por óbvio, não podem fazer uso dessas informações para atingir ou expor a personalidade dos filhos. A motivação deve ser legítima e adequada ao fim precípua do poder familiar, qual seja a proteção e a promoção da pessoa.

No tocante à participação da criança em redes sociais, é bom ressaltar os cuidados e a supervisão são essenciais nos primeiros anos e secundários ao longo do amadurecimento do filho. Enquanto eventual intromissão no *e-mail* pessoal da criança, para evitar assédio de adultos mal intencionados, é uma atitude recomendável, a mesma intervenção em relação aos filhos adolescentes, para controlar os relacionamentos afetivos próprios da idade pode não ser razoável. É comum aos dias atuais, que o adolescente use as mensagens eletrônicas como forma de comunicação e a sua intimidade nesta seara deve ser respeitada.³¹ Contudo,

30 AUTORINO, Gabriella, *op. cit.*, p.186.

31 Parte da doutrina admite que o dano decorrente da violação da intimidade pelos pais é suscetível de reparação. Assim, entre outros, Valeria Corriero a qual afirma: “In questa

não se poderá tratar como uma intrusão desarrazoada aquela conduta invasiva do pai ou da mãe que tem a forte suspeita do envolvimento do filho adolescente com drogas ou demais ilícitos. Ainda nesta fase da vida do filho remanesce o dever de cuidado dos pais.

6. CASUÍSTICA

Por ocasião da abertura da Copa do Mundo de 2014, na cidade de São Paulo, uma equipe de reportagem do Jornal GloboNews³² captou um embate entre pai e filho que ilustra bem o conflito entre liberdade do menor e autoridade parental. Um jovem de dezesseis anos que participava de um protesto, à moda *Black Bloc*, visando bloquear o acesso dos torcedores ao Estádio Itaquerão, foi visto por seus pais pela televisão. Temendo os riscos para a integridade e a vida do filho, o pai seguiu para o local e o puxou pelo braço, na tentativa de convencê-lo a ir para casa. Embora a intervenção paterna tenha se iniciado de forma um tanto autoritária, foi sucedida por um intenso diálogo que atraiu a atenção da imprensa nacional e internacional. Entrevistado pela Revista Veja,³³ o pai explicou que não proíbe a participação do filho em protestos por causas legítimas mas que não permite a sua participação no movimento *Black Bloc*, por temer pelos riscos à sua segurança e à sua integridade.

Outro caso interessante teve sede no estado do Arkansas, E.U.A., em 2010.³⁴ Um adolescente de 16 anos processou a própria mãe pelo fato de esta haver acessado as informações de sua conta pessoal numa rede social, na ocasião em que

prospettiva si è giunti a sostenere che il comportamento di un genitore che violi diritto alla riservatezza del minore possa non soltanto comportare un provvedimento di limitazione o decadenza dalla potestà genitoriale (ex art.330 ss. c.c.) nei casi più gravi, ma anche una tutela risarcitoria per i danni subiti dal figlio.” (CORRIERO, 2000, p. 999-1000).

32 Reportagem na íntegra. Disponível em <<http://globoTV.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/v/pai-e-filho-discutem-durante-protesto-em-sao-paulo/3413942/>> Acesso em 13/06/2014.

33 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/consegui-convence-lo-pela-canseira-diz-pai-de-black-bloc>>. Acesso em 15/06/2014.

34 Embora a divulgação do processo não tenha sido oportunizada pela proteção ao interesse da família, a notícia geral sobre o caso pode ser lida nos sítios da internet. Disponível em <http://www.huffingtonpost.com/2010/05/27/mother-denise-new-convict_n_592850.html> e em <<http://www.inquisitr.com/69180/16-year-old-sues-mom-for-facebook-harassment/#x2hMhGTRCzZgSiUO.99>>. Acesso em 02/07/2012.

ele a esqueceu aberta no computador que havia na casa de sua genitora. Os dados informam que o menor morava com a avó e que estava em visita à casa da mãe, na ocasião acometida por problemas de saúde. Ocorre que, além de acessar a conta, a mãe leu as mensagens ali encontradas e postou vários comentários negativos em nome do rapaz. Quando o filho descobriu o fato, ingressou com uma ação contra sua genitora, demandando que a mesma não pudesse se aproximar dele em razão do assédio que sua conduta intrusiva lhe causara. A mãe, por seu turno, ante a repercussão do fato, tornou a postar naquela rede social, ainda em nome do filho, com o uso de linguagem vulgar e de expressões ofensivas. Julgada a ação, foi condenada a pagar uma multa de U\$ 435,00 e a manter distância do rapaz. Também foi contristada a participar de cursos sobre o bom exercício da parentalidade e sobre o controle das próprias emoções. O juiz determinou ainda que se a condenada concluísse os cursos em um ano, poderia receber permissão para novamente ver o filho.

Em contraste com o primeiro relato, o segundo caso traz um claro exemplo de intromissão desarrazoada na intimidade do filho por sua completa incompatibilidade aos deveres de proteção e cuidado. Pior que isso, a mãe falsificou a realidade ao emitir mensagens falsas em nome do filho, expondo-o ao vexame e constrangimento, em flagrante desrespeito a sua pessoa. A intrusão que, por si, já era ilegítima, ante a fase vital do adolescente, foi seguida de uma conduta desprovida de qualquer conteúdo educativo ou corretivo. O único objetivo era o de causar constrangimento ao menor.

Outro momento importante que toca à vida privada dos filhos é o direito de estar só. Na medida em que surge a necessidade de autorreflexão, a solidão passa a ser uma necessidade da criança ou do adolescente. Por que não deveria ser respeitada? Nas famílias atuais, muitos filhos tem seus espaços próprios na casa, mas nem sempre podem ficar com portas fechadas sem que os pais reclamem contra isso. Não se defende que uma criança, ainda exposta à curiosidade perigosa, feche a porta de seu quarto com chave. Mas, um adolescente que já não se exporá aos perigos do choque elétrico ou da queda teria esse direito. Qual motivo razoável justificaria o impedimento? Volta-se ao binômio que importa à autoridade paterna: *cuidado e emancipação*. Seria o momento de proteger ou de emancipar? É certo que aos filhos dessa geração, também falta o exercício da

convivência familiar! Mas não é vetando momentos de solidude que a unidade familiar será restaurada ou estabelecida.

As questões existenciais pertinentes ao corpo, aos dados genéticos e à recusa de tratamento médico também não podem ser tratadas apenas pelos pais, no esquema da substituição da vontade do menor. Ainda que se lhes atribua o dever de zelar pela saúde e integridade psicofísica dos filhos, é importante considerar o interesse e a vontade dos principais envolvidos. A esse respeito, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2003, destaca a necessidade de se considerarem o consentimento do menor, na conformidade com o seu discernimento e maturidade. Em todo caso, destaca a importância de os representantes legais considerarem o seu interesse fundamental. Nos termos do art. 8º., alínea c,

Artigo 8º. Consentimento.

(c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar na medida do possível no processo de autorização. **A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um fator cujo caráter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade.** (grifou-se)

O Código Civil impede os atos de disposição do próprio corpo a todas as pessoas, quando importarem em diminuição permanente, exceto se houver exigência médica. E ainda quando houver essa exigência, é de se perguntar sobre a importância do consentimento do menor interessado. O Conselho Regional de Medicina, seccional Ceará, emitiu um parecer sobre essa questão, reconhecendo a autonomia de uma jovem de dezessete anos, portadora de osteossarcoma de fêmur esquerdo, para recusar a intervenção médica eletiva de amputação do membro inferior, contrapondo-se à orientação do médico e ao consentimento dos pais.³⁵

Nestes casos, por força dos princípios da bioética, sabe-se que os profissionais atuantes na área da saúde exigem a assinatura do termo de consentimento livre e informado, resgatando o respeito à vontade da pessoa civilmente incapaz, dotada

35 Conforme Parecer CREMEC n.5746/05, de 26-12-2005. Relatores Dalgimar Bezerra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto.

de discernimento.³⁶ A bioética e o biodireito (BARBOZA, 2001, p.3), tem sido mais atentos à capacidade de agir do que, propriamente, à capacidade jurídica (RUSCELLO, 2000, p.69).

E quanto à tatuagem, ao implante de *piercing*, às modificações corporais tendentes ao embelezamento ou à aquisição de formas e características físicas não convencionais (com a do homem lagarto e da mulher tigre etc.)?

O culto ao corpo e ao modelo de beleza, em voga na sociedade atual, tem estimulado certas intervenções capazes de ameaçar a integridade psicofísica de adultos, quiçá de pessoas em desenvolvimento. Há um verdadeiro delírio pelo corpo ideal que motiva muitos adolescentes ao exercício físico extenuante, às dietas radicais ou ao consumo indiscriminado de esteroides anabolizantes que podem provocar sequelas irreparáveis, quando não a própria morte.

Segundo David Le Breton (2003, p.29), para muitos contemporâneos o corpo é uma matéria-prima a modelar, uma representação provisória da identidade, um lugar de encenação de efeitos especiais. O desejo por essa maleabilidade corporal atinge adultos e adolescentes que almejam cirurgias plásticas, *liftings*, implantes subcutâneos para indução de proporções físicas desejadas, *piercings*, tatuagens e até mesmo modificações corporais mais severas. Não se pode afastar a autoridade parental de decisões como estas, afinal ainda cabe aos pais o zelo e cuidado para com a pessoa dos filhos. Admitir uma liberdade indiscriminada ao filho menor é reconhecer a plena formação de sua personalidade e a desnecessidade do poder familiar (STANZIONE e SCIANCALEPORE, 2006).

Alguns estados brasileiros, a exemplo de São Paulo, proíbem expressamente que se façam tatuagens ou implantem *piercings* em pessoas menores de idade, sem a autorização dos pais ou responsáveis. Decisão recente da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a realização de tatuagem em menor de idade constitui lesão corporal de natureza gravíssima.

Por outro lado, a disposição de partes do corpo também é possível para fins mais solidários, como a doação de órgãos para transplante. A Lei de Transplante (Lei

36 Stancioli faz menção ao *leading case* Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, de 1985, do Reino Unido quando já foi considerado legalmente válido o consentimento para terapia médica de menor de 16 anos (1999, p. 37-42).

nº 9.434/97, art.9º.) estabelece que somente a pessoa juridicamente capaz pode dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo. O menor não poderá fazer doação de órgãos mas apenas de medula óssea. E para que essa doação seja possível exigem-se que o procedimento não acarrete riscos a sua saúde, a comprovada compatibilidade imunológica, o consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais e a autorização judicial.

Mesmo nesta hipótese, é de se perguntar sobre a importância que se atribui à vontade do menor. Se houver conflito de interesses entre ele e seus pais ou responsáveis? Quando a vontade conjunta dos pais for pela doação de medula e o menor não comungar o mesmo interesse, terá oportunidade de ser ouvido pelo Ministério Público e pelo juiz? E, se do contrário, o menor com maturidade e discernimento para manifestar o interesse em doar medula óssea a um meio-irmão, não puder fazê-lo pela falta de concordância de ambos os pais, poderia pleitear o suprimento judicial?

A Lei de Transplante (Lei nº 9.434/97) dispõe que a doação de medula óssea dependerá do consentimento dos pais ou dos responsáveis e de autorização judicial. Nesse aspecto, é de se considerar a importância da vontade do interessado, quem seja, o filho, pessoa de cujo corpo se trata. Pois, o próprio incapaz pode não ter interesse em doar, contrariando a vontade dos pais. Do contrário, pode ter o desejo de realizar a doação em favor de um amigo ou de um irmão unilateral, por exemplo, à revelia da vontade dos pais. E nessa hipótese, qual vontade se deveria considerar?

Outro tema delicado, pertinente à vida privada do menor, refere-se à sua liberdade de crença e culto. A partir de que idade a pessoa pode escolher sua própria religião, manifestar uma fé e escolher um tipo de culto?³⁷

37 Sendo o Brasil um país eminentemente cristão, a despeito das muitas religiões que já se praticam no cenário nacional, observe-se o ensinamento bíblico como um exemplo. No livro de Provérbios, capítulo 22, vs. 6, diz-se “Ensina a criança no caminho que deve andar, e, ainda quando for velho não se desviará dele”. Do trecho extrai-se que os pais devem apresentar os ensinamentos bíblicos aos filhos a partir de sua própria conduta (*no caminho*) e não apenas por palavras ou pelo currículo do catecismo e das escolas dominicais. A conduta dos pais é muito mais impactante como exemplo do que a sua fala. Do mesmo modo, conforme ensina o Novo Testamento, a salvação em Cristo é algo pessoal e não uma imposição familiar, o que não desautoriza, registre-se, a orientação familiar. A pessoa deve confessar aquela fé, por si, e não por imposição do pai ou da mãe.

Os pais podem tentar persuadir, orientar e convencer, mas não podem usar de violência física ou psíquica para constranger o filho à fé. Compreendendo a subjetividade da fé, do direito à crença, talvez os pais não tenham tanta ingerência. Seguir os pais à igreja, de modo automático, não significa professar a mesma fé. Em concordância com o próprio direcionamento bíblico e ainda com o delineamento jurídico do poder familiar, os pais podem apenas orientar o filho conforme o código de regras religiosas e morais que professam. Mas a educação das crianças de acordo com uma determinada crença também encontra limite no melhor interesse da criança. A adesão à uma fé religiosa e o desempenho de suas práticas não poderão ocasionar prejuízo à própria prole (STANZIONE e SCIANCALEPORE, 2006, p.130).

A esse respeito, Stanzione e Sciancalepore (2006) citam uma decisão do Tribunal de Roma, na qual se determina a retirada do menor da residência familiar para se lhe prestar um tratamento médico adequado. Os pais recusavam a intervenção médica, por razões de ordem religiosa. Não é incomum entre nós, o conflito que se estabelece entre os hospitais e os pais que professam o credo Testemunha de Jeová, quando os seus filhos menores vem a necessitar de transfusão de sangue.³⁸ No final do ano de 2013, um recém-nascido, filho de uma

38 Exemplificativamente segue a seguinte decisão “DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o

menor de 15 anos, morreu no setor de Neonatal do Hospital Geral de Fortaleza (HGF) após a avó recusar que fosse realizada a transfusão de sangue que poderia salvar a vida da criança, alegando razões religiosas.³⁹

Contudo, em razão de ser a crença uma questão existencial, a medida em que o filho alcançar discernimento para realizar uma escolha consciente, os pais devem respeitar a sua orientação, ainda que remanesça o dever de cuidado e de proteção. Quando a confissão de uma crença é acompanhada de uma conduta coerente e equilibrada, por que poderiam os pais intervir?

É de ressaltar a sutil distinção entre crença e culto que integram a chamada liberdade religiosa, direito assegurando pelo ECA, no art.16, III. A primeira, diz respeito a experiência subjetiva da fé, enquanto segunda, a liberdade de culto, envolve a participação nas cerimônias e celebrações coletivas de uma dada religião. Se a autoridade parental não tem tanta ingerência no que toca à fé, poderá intervir no exercício da liberdade de culto, quando esta expuser a saúde, segurança e personalidade do filho ao risco.

A esse respeito vale mencionar a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul⁴⁰ que, em sede de Agravo de Instrumento, reverteu a guarda do menor de seis anos em favor do pai, após a comprovação de que a mãe, sem prévio consentimento do outro genitor, conduzia o menor para as cerimônias da entidade conhecida como

tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.”(TRF-4 - AC: 155 RS 2003.71.02.000155-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686)

39 Reportagem veiculada no Jornal Diário do Nordeste. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/online/recem-nascido-morre-no-hgf-apos-avo-recusar-transfusao-de-sangue-1.855760>. Acesso em: 16/06/2014.

40 Número do processo 70037756525. Comarca de Caxias do Sul. Data de Julgamento 16/12/2010. Relator Des. Alzir Felipe Schmitz.

Santo Daime, permitindo a sua participação em todos os rituais, dentre os quais a ingestão do chá de *ayahuasca*.

Destaca-se que a laicidade não resulta na total indiferença do Estado à religião, mas na garantia da liberdade religiosa em um regime de pluralismo confessional e cultural (STANZIONE e SCIANCALEPORE, 2006, p.135), que beneficia a todos, inclusive o menor. Não é demais lembrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê, expressamente, que os Estados deverão lhes assegurar a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art.14).

As questões atinentes à sexualidade também se inserem no processo educativo e podem atrair conflitos entre os direitos dos filhos e a manifestação da autoridade parental. A descoberta do corpo, a compreensão da pessoa do outro, as perguntas sobre a reprodução, a identidade de gênero, o marco da vida sexual ativa, a prevenção contra as doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez precoce, a proteção contra o abuso, contra a violência e a exploração sexual são questões atinentes à sexualidade e importantes na formação da criança e do adolescente. Desde cedo, os pais são chamados a lidar com a temática, orientando seus filhos. Conjugam nesta tarefa, os deveres de cuidar, proteger e educar com o respeito à intimidade e à dignidade da pessoa.⁴¹

Em termos gerais, o foco da proteção jurídica é contra o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes por membros da família ou por terceiros. Nesta mesma direção, tem-se as normas da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴² (art.34), o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art.101, §2º. e art.244) e a lei nº 2.015/2009 que acrescentou o art.217-A ao Código Penal Brasileiro, tipificando como estupro de vulnerável a relação sexual com menor de 14 anos, ainda que consentida.⁴³

41 Nas determinações do ECA, “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (Art. 18).

42 Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

43 A jurisprudência dos tribunais superiores tem reafirmado a presunção absoluta da violência. Contudo, em voto vencido no Habeas Corpus no.97052, originário do Paraná, o Ministro Marco Aurélio contrapôs-se a aplicação do caráter absoluto à presunção violência na hipótese. Em sua justificativa, muitos menores já tem relações sexuais antes dos quatorze anos por livre decisão. Na sua perspectiva, seria fundamental observarem-se os detalhes de

Aplicando o critério etário, o legislador penal presumiu que o menor de 14 anos é uma pessoa em formação, sem o necessário discernimento para decidir livremente sobre o início de sua vida sexual ativa. Se os pais seguirem este mesmo entendimento, poderão tomar medidas mais cerceadoras da liberdade sexual dos filhos menores nesta faixa etária. De outro lado, a legislação civil estabelece que os homens e mulheres atingem a idade nupcial aos dezesseis anos (art.1517, Código Civil Brasileiro), presumindo, mais uma vez pelo critério etário, que a essa idade o adolescente alcançou a maturidade sexual, intelectual e psíquica indispensáveis ao casamento.⁴⁴

Da conjunção desses entendimentos, tem-se que o legislador penal não reconhece ao menor de 14 anos a genuína autonomia para a prática das relações sexuais, enquanto o legislador civilista admite que os maiores de dezesseis anos podem, inclusive, se casar.

Embora a idade não seja um critério capaz de determinar, por si, a chegada da maturidade para todas as pessoas indistintamente, o legislador se apoiou neste critério. Vários dispositivos legais utilizam esse fator para afirmar que a criança ou o adolescente já guarda algum discernimento. Por fim, aposta que aos dezoito anos já se alcançou o pleno entendimento. É certo que o discernimento que se apura com a maturidade é uma conquista inerente ao processo de desenvolvimento de cada um, marcado pela singularidade, efeito de suas experiências e vivências pessoais.

Assim, é de se perguntar como poderia o pai ou a mãe impedir o exercício da sexualidade àquele menor relativamente incapaz obstinado em iniciá-la? Ao que parece, a conduta paterno/materna deve ser pautada muito mais pela ação educativa do que pela repressão ou pelo constrangimento.

cada caso, especialmente o depoimento da vítima, pois os costumes mudaram e é possível existirem jovens menores de quatorze anos, com aparência de mais idade e com vida sexual desenvolvida que consentam livremente com uma relação mais íntima sem que, para isso, sejam constrangidas. Assim, a presunção absoluta de violência deveria ceder às peculiaridades de cada caso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>. Acesso em 15/05/2014.

44 É bem certo que o mesmo artigo exige a autorização dos pais para que o casamento seja celebrado. Inobstante isso, o juiz poderá suprir essa autorização se os pais a negarem injustamente (art.1.519, CCB), mostrando que a vontade deliberada dos pais não obstará o matrimônio, exceto se fundamentada em justo motivo. Independentemente da idade nupcial, o juízo poderá autorizar o casamento do menor no caso de gravidez (art.1.520).

De acordo com os dados da organização não-governamental Bem-Estar Familiar (BEMFAM, 2001) e do UNICEF (2002), nos anos de 2001/2002, cerca de trinta e três por cento dos adolescentes brasileiros, com a faixa etária entre 12 e 17 anos, já haviam tido relações sexuais.⁴⁵ Apesar da dependência econômica dos pais, os adolescentes vem iniciando a sua vida sexual mais cedo, muitas vezes, de forma espontânea e pouco zelosa, haja vista os diagnósticos de doenças sexualmente transmissíveis e de gravidezes não planejadas nesta mesma fase.⁴⁶ Em decorrência desse quadro, as políticas públicas brasileiras permitem a distribuição de contraceptivos aos menores relativamente incapazes, independentemente de seu estado civil ou da autorização dos responsáveis.

Portanto, no que toca à sexualidade do menor, sua liberdade vai se ampliando na proporção do seu discernimento. Nesse processo, a autoridade parental deve ser vigilante para proporcionar a emancipação responsável, sem a imposição do vexame ou desvio da função promocional. Transborda as funções do poder familiar, por exemplo, a submissão da filha ao exame médico, com o fim exclusivo de investigar a sua virgindade. Seria pura violação da intimidade. Em sendo a filha menor de 14 anos, a mesma conduta poderia ter alguma legitimidade, se motivada pelo interesse em punir um agressor, respeitada as peculiaridades do caso, a manifestação volitiva da menor e a sua dignidade. Seria igualmente incompatível com a principiologia do poder familiar, a discriminação ou estigmatização do filho ou filha que se afirma com o gênero diverso da sexualidade biológica.

Em linhas gerais, repita-se, a eventual tensão entre poder familiar e o respeito à vida privada dos filhos terá de ser mediada pela composição entre o dever de cuidado e a promoção da emancipação, sempre buscando respeitar os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade, da igualdade, do melhor interesse da criança.

45 BRASIL. Cadernos temáticos: Direitos sexuais são direitos humanos. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília: DF, 2008. Disponível em <<http://www.comitenacional.org.br/files/biblioteca/M4JMLPCPFMKFK5HL8Z5R.pdf>>. Acesso em 20/01/2013.

46 “Mesmo com a crescente difusão de informações sobre sexualidade, a interiorização das normas contraceptivas entre nós é frágil. A manutenção de uma prática espontaneísta e pouco reflexiva da sexualidade entre os jovens – característica da cultura sexual brasileira – reforça os estereótipos de gênero e dificulta a adoção de medidas preventivas à gravidez e às DST/aids.” (ALVES, Camila Aloísio e BRANDÃO, Elaine Reis. **Ciência e saúde coletiva** [online]. 2009, Vulnerabilidades no uso de métodos contraceptivos entre adolescentes e jovens: interseções entre políticas públicas e a atenção à saúde. Vol14, n.2, p.661).

7. CONCLUSÕES

O poder familiar não se limita a uma *potesta*. Reúne diversas posições jurídicas como o poder, o dever, o ônus, o direito, a faculdade, o interesse legítimo, todos voltados para cuidar e promover o desenvolvimento do filho. O dever de obediência dos filhos aos pais não faz deles pessoas de segunda classe, mas apenas revela sua vulnerabilidade e necessidade de apoio material e imaterial.

Cabe à autoridade parental acompanhar o menor no paulatino processo de construção da personalidade, reconhecendo-lhes as possibilidades de protagonizar sua própria história. Enquanto indivíduos em formação, sua personalidade ainda está em desenvolvimento e seu direito geral de liberdade não é pleno. Gozam de uma liberdade assistida ou *vigiada*, que vai se expandindo na proporção do seu amadurecimento. A permissão exagerada pode ser apreciada pela população infanto-juvenil mas nem sempre representará a solução mais adequada (TEIXEIRA, 2009, p.215). Por vezes, é a limitação saudável e motivada que promoverá o melhor interesse do adolescente ou da criança.

A família democrática impõe uma relação coordenada entre pais e filhos, a assimetria existente entre ambos os polos seja mediada pelo perfil funcional que tem o poder familiar de promoção da pessoa do vulnerável.

Infelizmente, porém, ainda se assiste uma realidade contraditória, o cotidiano denuncia a discrepância entre o modelo civil-constitucional de família e a organização de muitos grupos familiares que se acham na realidade. Os jornais, as ruas e os tribunais ainda apresentam famílias adoecidas pela falta do respeito mútuo, de zelo ou ainda pior, pelo abandono ou pela violência contra as crianças, mulheres e idosos. Não raro, os filhos adolescentes crescem sem reconhecer a legitimidade da autoridade parental e são refratários a ideia de respeitar e obedecer seus pais. Talvez a crise que se ostenta não esteja na modificação do instituto do pátrio poder para o poder familiar, mas na inabilidade dos pais de construírem-se como referência de apoio e autoridade legítima.

Por meio de uma sólida relação paterno-filial, na qual a ligação afetiva foi construída a cada dia, na vivência de experiências boas e no enfrentamento dos momentos ruins, os conflitos virão, mas serão ultrapassados pela intervenção amistosa ou pelo diálogo respeitoso. É necessário reconhecer a força política que

o modelo de família democrática, ainda que seja como um futuro a perseguir.⁴⁷ Mais que isso, os instrumentos jurídicos que delineiam a família democrática já estão postos, havendo, inclusive, como exigí-los. Não se pode apregoar a importância da democracia no espaço público e estranhar a sua utilização para os grupos privados, como são as comunidades intermediárias.

8. REFERÊNCIAS

- ALVES, Camila Aloísio e BRANDÃO, Elaine Reis. *Ciência e saúde coletiva* [on line]. 2009, Vulnerabilidades no uso de métodos contraceptivos entre adolescentes e jovens: interseções entre políticas públicas e a atenção à saúde. Vol. 14, n.2.
- AUTORINO, Gabriella. Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitore. In *Diritto civile e situazione esistenziali*. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.178-195.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito x Bioética: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.); BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- _____. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Revista de Ciências Jurídicas. v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013.
- _____. Uma ideia louvável contra a violência doméstica. *Civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil. a 2. n. 4, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/uma-ideia-louvavel-contr-a-violencia-domestica>.

47 Nas linhas de Commaile “*The family imagery as a space of Love for one’s fellow man, illimited generosity, solidarity, affective and material reciprocity, a meeting of souls, in other words as a space that has a potential for universality and sublimation of differences, thus serves to construct an image of politics that is always present, at least in the form of nostalgia: that of a bygone past, or a utopia, a future to attain*”. Tradução livre: As imagens da família como um espaço de amor ao próximo, generosidade ilimitada, solidariedade, reciprocidade afetiva e material, um encontro de almas, em outras palavras, como um espaço que tem um potencial de universalidade e sublimação das diferenças; desse modo, serve para construir uma imagem da política que está sempre presente, pelo menos sob a forma de nostalgia: a de um passado que se foi, ou uma utopia, um futuro para se atingir. (1998, p.22)

BRASIL. *Cadernos temáticos: Direitos sexuais são direitos humanos*. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília: DF, 2008. Disponível em <<http://www.comitenacional.org.br/files/biblioteca/M4JMLPCPFMKFK5HL8Z5R.pdf>>. Acesso em 20/01/2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. *O direito do paciente de recusar tratamento*. Parecer CREMEC n.5746/05, de 26-12-2005. Relatores Dalgimar Bezerra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto

_____. *Decreto no.99.710*, de 21 de novembro de 1990. Ratifica a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

_____. *Lei no.8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BOLWBY, John. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade: Uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

COMMAILLE, Jacques. Family and democracy. In *The family: contemporary perspectives and challenges*. Editado por Koen Matthijs. Belgique: Leuven Univesity Press, 1998, p.19-30.

CORRIERO, Valeria. Privacy del minore e potestà dei genitori. In *Rassegna di diritto civile*. 2000, p. 999-1000.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. Tutela penal da intimidade. São Paulo: Rio de Janeiro, 2007.

- DONEDA, Danilo Doneda. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. BORGES, Maria Luiza X. de A. (tradução). Rio de Janeiro: Record, 1999.
- IANNI, Paolo. Potestà dei genitori e libertà dei figli. In *Il diritto di famiglia e delle persone*.
- LOJACONO, Vincenzo (Direttore). Milano: Giuffrè Editore, 1977, p.875.
- JUNG, Carl G. *O desenvolvimento da personalidade*. São Paulo: Vozes, 2011.
- LE BRETON, David. *Adeus corpo*. Antropologia e sociedade. Campinas: Papirus, 2003.
- MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação das crianças e a função educativa dos pais. In *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p.76-95.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In *Direito das famílias por juristas brasileiras*. MENEZES, Joyceane B. e MATOS, Ana Carla H. (Org.). São Paulo: Saraiva, 1993, p.91-130.
- RODRIGUEZ, Javier Llobet. La prohibición del castigo físico o humillante en el ámbito familiar. In *El derecho de familia en Latinoamérica*. Los derechos humanos en las relaciones familiares. LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa (Directoras). SANTOS, Diego B. y PICADO, Ana María (Coordinadores). Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, p.507-524.
- PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In *História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.13-154.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada*. Paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.92.

- RUSCELLO, Francesco. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. *Esperienze giuridiche*. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000, p.59.
- SINGLY, François de. *Le soi, le couple e la famille*. Paris: Nathan, 1996.
- _____. A Reinvenção da Família. *In Label France*. n. 39, abril de 2000, p. 3. V.
- STANCIOLI, Brunelo. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 2, 1999, p. 27-52.
- STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. vol. 17, ano 5, p.41, jan./mar. 2004.
- _____. Tutela constitucional da criança e do adolescente. *Temas de direito civil*. Tomo III. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.201-226.
- TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.123-151.
- VEJA. São Paulo. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/consegui-convence-lo-pela-canseira-diz-pai-de-black-bloc>
- VENCELAU, Rose Melo e ABÍLIO, Viviane da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. *In Diálogos sobre direito civil*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson. Vol.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.339-354.
- VILLELA, Joao Baptista. Liberdade e família. *Série Monografias*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Vol. 1., n. 2. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

BIOSSEGURANÇA ALIMENTAR NA SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO: NECESSÁRIA SINCRONIA ENTRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O DEVER DE INFORMAR

Keila Pacheco Ferreira¹

Resumo

Este estudo analisa o sistema regulatório sobre biossegurança no Brasil, em sua pluralidade de fontes normativas, especialmente o direito à informação do consumidor no tocante ao consumo de organismos geneticamente modificados (OGMs). O princípio da precaução constitui-se na essência do direito ambiental. E os OGMs, por sua vez, constituem um dos mais genuínos exemplos de aplicação do princípio da precaução, pois ainda hoje a sua segurança é objeto de intensa discussão, o que impõe a observância de medidas de proteção e regulamentação, na ausência de provas acerca de seu risco efetivo. Uma das funções da CTNBio, nos termos da Lei de Biossegurança, é a avaliação do risco referente às atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados com relação à saúde humana e o meio ambiente. Ocorre que o *conhecimento dos riscos* fica a cargo do Poder Público. Tal aspecto ressalta, de um lado, a *confiança* dos consumidores na idoneidade dos responsáveis pelo gerenciamento dos riscos, e de outro, o *dever de informação*, como elemento essencial da precaução, que garante aos indivíduos o acesso ao conteúdo das decisões tomadas, garantindo a devida fiscalização. O presente artigo aborda normas brasileiras específicas sobre rotulagem de OGM em confronto com o Código de Defesa do Consumidor, e traça um paralelo com a normativa internacional e supranacional, no intuito de demonstrar o estado da arte e as principais polêmicas que envolvem a questão, através de pesquisa teórica e documental, e utilização do método dedutivo.

Palavras-chave

Biossegurança; Sociedade de Risco; Princípio da Precaução; Dever de informar; Rotulagem.

1 Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Riassunto

Questo studio esamina il sistema di regolamentazione sulla biosicurezza in Brasile, nella sua pluralità di fonti normative, soprattutto il diritto di fornire informazioni ai consumatori per quanto riguarda il consumo di organismi geneticamente modificati (OGM). Il principio di precauzione fornisce l'essenza del diritto ambientale. OGM, a sua volta, costituisce uno degli esempi più genuini di applicazione del principio di precauzione, perché ancora oggi la loro sicurezza è oggetto di intenso dibattito, che impone il rispetto delle misure di regolamentazione e di protezione, in assenza di prove circa loro rischio effettivo. Una delle funzioni del CTNBio, ai sensi della Legge di Biosicurezza, è la valutazione del rischio concernente le attività che coinvolgono la ricerca e l'uso commerciale di OGM e loro derivati per la salute umana e l'ambiente. Si scopre che la conoscenza del rischio è a carico del governo. Questo aspetto fa notare, da un lato, la fiducia dei consumatori nell'attendibilità delle parti responsabile della gestione del rischio e da altro, l'obbligo di comunicare, come un elemento essenziale della precauzione che assicura gli individui un accesso al contenuto delle decisioni prese, assicurando la corretta supervisione. Questo articolo discute norme specifiche brasiliani sull'etichettatura degli OGM nel confronto con il codice di difesa del consumatore e disegna un parallelo con regolamenti sovranazionali e internazionali, al fine di dimostrare lo stato dell'arte e le controversie più importanti che coinvolgono la questione, attraverso la ricerca teorica e la documentazione e utilizzo del metodo deduttivo.

Parole chiave

Biosicurezza; Società del rischio; Principio di precauzione; Doveri di informare.

1. INTRODUÇÃO

O *direito à alimentação* foi incluído no rol dos direitos sociais individuais e coletivos da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional nº 64/2010, conferindo nova redação ao seu artigo 6º:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a *alimentação*, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência

social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (destaques nossos)

Referida inclusão não reflete exatamente uma inovação no ordenamento jurídico, posto que o direito humano à alimentação já estava previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

“Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive *alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. (destaques nossos)

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu artigo 11, além de incluir a previsão do direito à alimentação, também propõe mecanismos para a operacionalização desse direito:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à *alimentação*, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente pacto, reconhecendo o *direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome*, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) *melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos*, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.” (destaques nossos)

A definição do *direito à alimentação*, bem como à *nutrição adequada* é explicitada no Comentário Geral nº 12, adotado em 1999 pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão responsável pela implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, norma acima descrita, nos seguintes termos:

“O *direito à alimentação* é o direito de ter um acesso regular, permanente e livre tanto diretamente ou por meio de compras financiadas, à alimentação suficiente e adequada tanto quantitativamente como qualitativamente, correspondendo às tradições culturais das pessoas a quem o consumo pertence, e que assegura uma realização física e mental, individual e coletiva, de uma vida digna e livre de medo.

[...]

O *direito à alimentação adequada* realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O *direito à alimentação adequada* não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não.” (destaques nossos)

Dos enunciados acima, retira-se que o conceito de direito à alimentação² incorpora aspectos relacionados à: a) *acessibilidade*, compreendida no sentido de garantir o acesso físico e econômico permanente dos povos para a sua aquisição e também no sentido de garantir a suficiência e disponibilidade de gêneros alimentícios diversificados; b) *adequação*, englobando tanto o conteúdo nutricional da dieta e o respeito ao seu aspecto cultural nas diversas regiões, como também a proteção contra a contaminação e a necessidade de estar livre de substâncias

2 O direito à alimentação aqui referido deve ser tratado em sentido *lato*, incluindo tanto o direito ao alimento sólido, como também o direito substancial à água potável e à nutrição líquida.

nocivas; c) *sustentabilidade*, o que implica que a alimentação diversificada e segura seja acessível tanto na atualidade como para as gerações futuras.

Da junção dos três aspectos destacados acima, é possível evidenciar que o direito à alimentação ultrapassa a simples disponibilidade de alimentos, para alcançar uma dimensão que requer o respeito ao estado de saúde das pessoas.

Há, portanto, uma estreita relação e indivisibilidade entre o direito à alimentação adequada e o direito à saúde, bem como à própria dignidade humana em suas dimensões natural e ecológica³, e a proteção ao meio ambiente. A segurança alimentar, neste passo, apresenta-se como consequência inexorável do direito à alimentação.

Ainda que no âmbito normativo o direito à alimentação em seus vários aspectos esteja consagrado tanto a nível nacional como internacional, no aspecto fático, a efetividade desse direito está longe de ser alcançada. É o que evidencia o “Índice Global da Fome” (*Global Hunger Index*), relatório divulgado em outubro de 2013, e adotado pela *International Food Policy Research Institute* (IFPRI) para mensurar os progressos e falhas na luta global contra a fome em escala global. Esta pesquisa indica que a fome mundial alcança um patamar considerado “sério”, com cerca de um bilhão de pessoas carentes de níveis adequados de alimentação.⁴ No Brasil, estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),

3 Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer esclarecem: “não nos parece possível excluir de uma compreensão necessariamente multidimensional e não reducionista da dignidade da pessoa humana, aquilo que se poderá designar de uma *dimensão ecológica* (ou quem sabe, formulado de um modo integrativo, *socioambiental*) da dignidade humana, que, por sua vez, também não poderá ser restringida a uma dimensão puramente biológica ou física, pois contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana (mas também a não humana) se desenvolve. É importante, aliás, conferir um destaque especial para as interações entre a dimensão natural ou biológica da dignidade humana e a sua dimensão ecológica, sendo que esta última objetiva ampliar o conteúdo da dignidade da pessoa humana no sentido de assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais amplo (e não apenas no sentido da garantia da existência ou sobrevivência biológica), mesmo que muitas vezes esteja em causa em questões ecológicas a própria existência natural da espécie humana, para além mesmo da garantia de um nível de vida com qualidade ambiental”. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

4 Disponível em <<http://www.ifpri.org/publication/2013-global-hunger-index-0>>. Acesso em 11 de junho de 2014.

divulgados em 2013, indicam que 35% (trinta e cinco por cento) de brasileiros não se alimentavam o suficiente “às vezes” ou “normalmente”.⁵

Embora seja intuitivo concluir que o problema da fome do mundo seja consequência sobretudo de ordem econômica, originária da má distribuição de renda entre os povos e países, vozes defensoras da manipulação genética de alimentos apóiam a opinião de que esta técnica constitui a única solução plausível para a fome em escala global. Isto porque, a biotecnologia permitiria um melhor rendimento da agricultura, a criação de variedades mais resistentes, a viabilidade de cultivo em solos em que espécies tradicionais não conseguiriam se desenvolver, economia de custos com pesticidas e possibilidade de colheita a qualquer época do ano. Diante disto, a produção agrícola poderia se beneficiar com safras mais produtivas, e este acréscimo corresponderia a uma necessidade social imposta pelo crescimento demográfico e consequente necessidade de disponibilizar mais alimentos a nível mundial. Ademais, assinala-se a probabilidade de desenvolver alimentos enriquecidos de vitaminas ou proteínas, permitindo erradicar certas carências nutricionais em determinadas regiões do mundo⁶.

De outro lado, céticos colocam este otimismo em questão. Defendem, antes, que as pesquisas biotecnológicas de alimentos geneticamente modificados estão mais voltadas ao domínio de mercados por grandes multinacionais através de mecanismos de propriedade industrial e venda de sementes patenteadas, que propriamente ao desenvolvimento científico de uma agricultura a serviço do planeta.⁷ Ademais, o que se percebe, até o momento, é que a utilização dos

5 Informação retirada do sítio <<http://www.folhapolitica.org/2013/11/pesquisa-do-ibge-revela-que-35-dos.html>>. Acesso em 11 de junho de 2014.

6 Em abordagem mais aprofundada, veja João Carlos de Carvalho Rocha. **Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 133 e seguintes.

7 Neste sentido, Júpiter Palagi de Souza e Larissa Oliveira Palagi de Souza pontificam: “No caso específico dos OGMs, novos desenvolvimentos garantem significativa valorização das ações destas empresas. Neste contexto, ações de grandes corporações são as preferidas, pois o lucro dos acionistas é mais seguro. Não interessa a questão ética aqui, o importante é garantir lucro aos milhares de investidores. Neste escopo, o desenvolvimento de novas sementes, que garantam maior produtividade e direitos sobre a propriedade destes desenvolvimentos é o que importa. As espécies nativas perdem cada vez mais para estas novas formas de adaptabilidade quase imediata ao ambiente. Diante das novas formas de liberação de sementes geneticamente modificadas que ganham registro de comercialização, após aval da CTNBio, o agricultor fica

organismos geneticamente modificados (OGM)⁸ ainda não trouxe soluções relevantes para o problema da fome do mundo.

Quanto aos efeitos ao meio ambiente, a introdução de culturas transgênicas na agricultura ainda gera várias incertezas. As possíveis consequências de sua utilização são o prejuízo da biodiversidade, a eliminação de espécies nativas através a poluição genética dos solos e a transfência de genes das plantas transgênicas para as plantas convencionais ou selvagens, o surgimento de superervas daninhas e resistência de insetos a pesticidas, entre outras⁹.

No tocante aos possíveis danos acarretados ao consumidor, alega-se que o consumo de alimentos transgênicos aumenta o risco de alergias, além da possibilidade de outras consequências: os genes de resistência a antibióticos existentes em alguns OGM podem passar para as bactérias do intestino humano; o DNA de um alimento transgênico pode atravessar a parede intestinal e produzir uma alteração genética do hospedeiro¹⁰, e ainda, há quem sustente que provocariam infertilidade humana¹¹.

cada vez mais dependente das grandes corporações que possuem a Propriedade Industrial. Esta afirmação ganha dimensões legais através dos arts. 207, 208 e 209 da Lei 9.279/1996, denominada Lei de Propriedade Industrial, que protege o direito de cobrar dos produtores rurais pela utilização das sementes patenteadas. Vive-se um momento em que as pesquisas ligadas à biotecnologia, especialmente àquelas ligadas ao setor agrícola, estão se desenvolvendo em meio a um cenário de intensas disputas econômicas e políticas, que certamente influenciam os seus resultados.” Princípio da Precaução: pesquisas biotecnológicas, mudanças climáticas, disputas econômicas e organismos geneticamente modificados. **Revista de Direito Ambiental**. Vol. 59. Jul/2010, p. 185.

- 8 Neste estudo, as expressões “organismos geneticamente modificados” (OGM) e “transgênicos”, serão adotadas em um mesmo sentido, posto que suas conseqüências, exclusivamente no aspecto jurídico, são as mesmas. Contudo, é importante destacar que não se desconhece a distinção, como explica Teresa Ancona Lopez: “Segundo a Lei 11.105, de 14 de março de 2005, atual Lei de Biossegurança, considera-se organismo geneticamente modificado (OGM) o organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética. Por sua vez, os transgênicos são espécies de OGMs, já que, além de serem organismos cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia, envolvem a transferência de material genético de uma espécie para outra”. **Princípio da Precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213.
- 9 Para um panorama mais completo, consulte João Carlos de Carvalho Rocha, op. cit., p. 127 e seguintes.
- 10 Maiores informações poderão ser extraídas do sítio <http://www.segurancaalimentar.com/conteudos.php?id=594>. Acesso em 11 de junho de 2014.
- 11 Veja em <http://real-agenda.com/2011/06/02/alimentos-transgenicos-sao-armas-biologicas/>. Acesso em 11 de junho de 2014.

A utilização da técnica de manipulação genética em alimentos ainda pode ser considerada recente, razão pela qual ainda não é possível precisar os seus riscos. Com efeito, a primeira planta transgênica – um fumo com gene de resistência a um vírus, foi obtida em laboratório em 1986. Nos anos 90, especialmente nos Estados Unidos, surgiram os primeiros produtos transgênicos liberados para comércio.¹²

Desde então, até os dias atuais, o uso dessa técnica é crescente. A título ilustrativo, no Brasil, a primeira planta autorizada para uso comercial foi a Soja “Roundup Ready”, em 1998, e atualmente, é permitida a comercialização de 5 espécies de soja geneticamente modificadas, 19 categorias de milho, 9 de algodão, e no segundo semestre de 2011, ocorreu a liberação comercial do primeiro feijão manejado por esta técnica, resistente ao “vírus do mosaico dourado”. Além destes, inúmeras vacinas, microorganismos e enzimas também obtiveram nos últimos anos parecer favorável à colocação destes produtos no mercado.¹³

Percebe-se, pela marcha evolutiva da última década e meia, que o uso da biotecnologia na agricultura é um caminho sem volta. No intuito de evitar que efeitos adversos proclamados se concretizem, informados pelo princípio da precaução, é necessário que sejam adotados rígidos protocolos de biossegurança antes de autorizar a liberação no meio ambiente de sementes ou outros OGM, garantindo-se, ainda, normativamente, o direito à informação do consumidor acerca do alimento consumido, e a livre escolha quanto à própria alimentação.

Este dever de informar, por sua vez, somente adquire efetividade por meio da *rotulagem* do produto inserido no mercado de consumo. Neste aspecto, o objetivo deste artigo é abordar normas brasileiras específicas sobre rotulagem de OGM em confronto com o Código de Defesa do Consumidor, e traçar um paralelo com a normativa internacional e supranacional, no intuito de demonstrar o estado da arte e as principais polêmicas que envolvem a questão, a fim de verificar se as legislações aplicáveis ao tema são capazes de conferir efetiva segurança e proteção ao meio ambiente e aos direitos do consumidor.

12 Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. O impacto da rotulagem dos alimentos transgênicos nos direitos da personalidade e na sadia qualidade de vida. Tese de doutorado. PUC/SP. 2006, p. 130.

13 Disponível em <<http://www.ctnbio.gov.br/index.php/content/view/12786.html>>. Acesso em 11 de junho de 2014.

A investigação far-se-á por meio da análise de conteúdo de fonte documental, instrumentos normativos nacionais e estrangeiros, com o emprego de interpretação doutrinária e multidisciplinar, e utilização do método dedutivo.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O SISTEMA REGULATÓRIO DE BIOSSEGURANÇA NO BRASIL

2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS (LEI Nº 8975/95 E DECRETO Nº 1752/95) E O INÍCIO DA POLÊMICA EM TORNO DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

A preocupação brasileira com relação aos OGM já remonta às décadas passadas. Embora a primeira legislação específica sobre o tema tenha entrado em vigor no ano de 1995 - Lei 8.975, na época, já era possível contar com a proteção conferida pelos princípios basilares da política de proteção ao meio ambiente (Lei 6938/81) bem como Declaração do Rio/92.

A primeira e grande discussão envolvendo a questão da liberação dos alimentos modificados geneticamente – o estudo prévio de impacto ambiental, ocorreu sob a vigência da Lei 8975/95, que regulamentou os incisos II e IV do §1º do art. 225 da CF/88. Referida lei estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de OGM e autorizou a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Por sua vez, foi o Decreto 1752/95, que conferiu a efetiva criação da CTNBio. Essas normas já determinavam a obrigatoriedade de que toda atividade relacionada a OGMs dentro do país precisaria ser previamente aprovada, e todo produto contendo OGM (importação, comércio, transporte, armazenamento, manipulação, consumo, liberação e descarte) deveria observar as instruções normativas da CTNBio.

No contexto deste manancial legislativo é que tivemos o primeiro pedido para uso em escala comercial de um OGM (até então os pedidos se destinavam ao cultivo em caráter experimental), a soja “Round up ready” (RR).

Pela redação da Lei 8975/95 e Decreto 1752/95, a CTNBio seria competente para emitir *parecer técnico conclusivo* sobre qualquer liberação de OGM no meio ambiente. Referidas normas não se referiam especificamente ao *estudo prévio*

de impacto ambiental, como determina a CF/88 para as ações consideradas de risco ao meio ambiente (consagrando o princípio da precaução a reger o direito ambiental).

Ocorre que ao emitir as suas instruções normativas, a CTNBio entendeu ser responsável pelo requerimento do estudo de impacto ambiental *apenas quando e se* reconhecesse a necessidade no caso concreto. Por sua vez, não reconhecida a necessidade, o parecer técnico realizado por sua Comissão *ad hoc* seria suficiente, conclusivo e vinculatório para a liberação do OGM no meio ambiente. Desse modo, em 1998, foi liberada a soja da empresa Monsanto, sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental. Argumenta-se que além de ter extrapolado a sua competência, a CTNBio violou também o princípio da publicidade e o princípio democrático¹⁴, pois não havia sido realizada qualquer audiência pública antes da tomada de decisão normativa que implique interesses gerais, como é o caso de alimentos transgênicos.

Tal liberação motivou o IDEC, Greenpeace e Ibama a ajuizarem ação (Medida Liminar, seguida de Cautelar Inominada e posteriormente ACP) contra a União e as empresas Monsanto e Monsoy Ltda., requerendo a suspensão da liberação comercial da soja RR até à conclusão de estudos sobre sua segurança.

O argumento utilizado pela CTNBio foi o de que a soja RR já havia sido testada em outro país, no caso, os Estados Unidos, sem sinais de insegurança, o que dispensaria o estudo prévio de impacto ambiental, pois a segurança foi atestada por meio de documentos entregues à Comissão pela própria empresa interessada. Note-se que o parecer da CTNBio não autorizou o plantio da soja, o que seria competência do Ministério da Agricultura, contudo, autorizou sem o estudo determinado na Constituição Federal a liberação do produto.

A situação ganhou repercussão nacional em todas as instâncias da sociedade. O desfecho da questão é conhecido nacionalmente: a ação civil pública foi julgada procedente em 1ª instância, e posteriormente, após longa tramitação no

14 Neste sentido, Sílvia Helena Serra. Caso Soja Roundup Ready: a violação do princípio democrático e do princípio da publicidade pela CTNBio. In: Derani, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005, p. 157.

Tribunal Regional Federal da 1ª região foi dado provimento, por maioria de votos da Turma Julgadora, ao recurso de apelação da Monsanto, para o fim de afastar a exigência da realização de estudo de impacto ambiental e liberar o comércio da soja transgênica.

A questão da obrigatoriedade do estudo prévio de impacto ambiental, nos termos do art. 225 da CF/88, até hoje gera acirradas discussões. Os argumentos dos defensores da competência da CTNBio para deliberar sobre os transgênicos e dispensar o estudo do impacto ambiental, em situações justificáveis¹⁵ podem ser resumidos: tanto o estudo de impacto ambiental como a avaliação de risco da CTNBio possuem objetivos comuns, orientados pelo princípio constitucional da precaução, quais sejam, identificar implicações negativas do projeto, avaliar benefícios e custos ambientais e alimentar. Além disso, ambos exigem equipes multidisciplinares, em ambos os custos cabem ao proponente, ambos preveem monitoramento em fase posterior ao licenciamento (não realizado na prática no caso de EIA, por deficiência administrativa no país). Ademais, alegam que a CTNBio segue padrões internacionais de biossegurança para análise de risco, sendo mais completo e eficaz que o próprio estudo prévio de impacto ambiental.¹⁶

Quanto ao *caráter vinculante* das decisões da CTNBio (ou seja, se esta não solicitar o estudo de impacto ambiental, o órgão de fiscalização do Ministério do Meio Ambiente também não poderá fazê-lo), argumenta-se ser um órgão oficial do governo, dotado de *imparcialidade e tecnicidade*, agindo com prevalência do interesse público sobre o particular. Ademais, a própria CF/88 remeteu ao legislador ordinário a competência para regular a imposição do estudo de impacto ambiental, o que ocorreu por meio da Lei de Biossegurança ao conferir as atribuições da CTNBio, que seria o órgão vinculado ao poder público (atendendo ao seu art. 225), ao qual a lei ordinária atribuiu a competência para deliberar em nome do Poder Público sobre a questão. Também a expressão “significativa degradação” contida no art. 225, §1º, inc. IV, da CF/88, é indicativa do tipo de

15 É a posição, entre outros, de Néelson Nery Júnior. Rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. **Biocologia no Brasil: uma abordagem jurídica**. São Paulo: ABIA, 2002, p. 234.

16 Luciano Custódio Teixeira. Alimentos transgênicos: questões controversas. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 77. Jan.-Mar./2011, p. 312.

risco que acarreta a exigência do estudo de impacto ambiental, e tal não ocorreria no caso de organismos geneticamente modificados.¹⁷

O assunto, no entanto, permanece tormentoso. Em junho de 2005, a Procuradoria Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.526 a fim de impugnar diversos dispositivos da atual Lei de Biossegurança - Lei 11.105/05, abordando também a questão que toca ao estudo prévio de impacto ambiental. A decisão final ainda aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸

2.2. ASPECTOS DA ESTRUTURA NORMATIVA VIGENTE (LEI Nº 11.105/2005 E DECRETO Nº 5591/05), O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A PREVISÃO DO DEVER DE INFORMAR

A normatização dos alimentos geneticamente modificados no Brasil é realizada por um conjunto de normas que incluem a Constituição Federal de 1988 (arts. 187, 218 e 225 – incentivos ao desenvolvimento científico em consonância com a proteção ambiental), tratados e convenções internacionais e inúmeras instruções normativas, além da vigente Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), o seu regulamento conferido pelo Decreto nº 5591/05, e a Lei nº 11.460/07 (dispõe sobre o plantio de OGM em unidades de conservação).

Assim como a lei anterior (Lei nº 8975/95), a Lei nº 11.105/05 regulamenta o art. 225, § 1º, incisos II, IV e V da CF/88, e possui como objetivos: a) autorizar o uso da tecnologia no Brasil e estabelecer normas de segurança e fiscalização de atividades que envolvam OGM; b) criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS); c) reestruturar a CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança).

Interessante notar que o art. 14 da Lei nº 11.105/95, que estabelece a competência da CTNBio, reitera a atribuição da Comissão para identificar caso a caso as atividades com OGM potencialmente causadoras de degradação

17 Op. cit., p. 309.

18 Consulta disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 11 de junho de 2014. Em outubro de 2009, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer pelo conhecimento e procedência da ação, e desde então, os autos do processo estão conclusos ao Ministro Relator.

ambiental e segurança dos OGM, e segundo parte da doutrina, com decisão vinculante para os órgãos de fiscalização (discussão ainda pendente, consoante exposto no capítulo anterior).

Em comparação com a norma anterior, a Lei 11.105/05 trouxe como novidade a adoção expressa do princípio da precaução como diretriz, em seu artigo 1º, *in verbis*:

“Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do *princípio da precaução* para a proteção do meio ambiente” (grifos nossos).

No âmbito do direito internacional¹⁹, destaca-se a “Declaração do Rio de Janeiro”, aprovada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que proclamou expressamente o princípio da precaução em seu Princípio 15:

“Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

O princípio da precaução, com efeito, constitui-se a essência do direito ambiental. E os OGM, por sua vez, constituem um dos mais genuínos exemplos de aplicação do princípio da precaução, consoante destacam Philippe Kourilsky e

19 Uma análise aprofundada sobre o processo de positivação do princípio da precaução no direito internacional poderá ser consultada em Paulo Affonso Leme Machado. O princípio da precaução e a avaliação dos riscos. **Revista dos Tribunais**. Vol. 856. Fev./2007. p. 40.

Geneviève Viney²⁰, pois ainda hoje a sua segurança é objeto de intensa discussão, o que impõe a observância de medidas de proteção e regulamentação, na ausência de provas acerca de seu risco efetivo.

O surgimento do princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) é contemporâneo à percepção de uma *sociedade de risco*, conceito cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck²¹, para o novo estágio no qual a modernidade estava ingressando. Desde o início dos anos 70, tornou-se cada vez mais perceptível a multiplicação de riscos incontrolláveis e imprevisíveis, a nível mundial. São riscos que ultrapassam a barreira de gerações, que não se circunscrevem a espaços geográficos determinados, e tampouco distinguem classes sociais, como as ameaças de acidentes nucleares, aquecimento global, intoxicações alimentares e alimentos geneticamente modificados.

Essa incerteza demandou, no campo do direito ambiental, o desenvolvimento de instrumentos jurídicos de proteção mais eficazes, dentre os quais se destaca o princípio da precaução para a defesa ante os riscos globais projetados no futuro produzidos pela modernização, impondo ações preventivas. Aduz Patrícia Iglecias Faga Lemos que:

“o principal foco do princípio da precaução é a idéia de antecipação, demonstrando a necessidade de medidas ambientais eficazes para que o dano não ocorra (...) Esse princípio deve ser adotado diante da incerteza científica de que o dano ocorrerá (...) Utiliza-se o princípio da precaução para evitar um risco mínimo ao meio ambiente, sempre ligado à potencialidade de dano.”²²

Com efeito, a idéia de precaução provocou verdadeira alteração dos paradigmas da responsabilidade civil, que passa de um sistema de preservação

20 Confira, em língua original, o pensamento de Philippe Kourilsky e Geneviève Viney: “Les OGM constituent un des exemples les plus purs d’application du principe de précaution puisqu’ont été mis en place, en France et en Europe, des mesures de protection et des réglementations en l’absence de toute preuve de risque effectif. Ils méritent un traitement particulier parce qu’ils font, aujourd’hui encore, l’objet de vives discussions et cristallisent, parfois jusqu’à la caricature, nombre des interrogations évoquées plus haut”. **Le principe de précaution**. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 99.

21 **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo : Ed. 34, 2010.

22 **Direito ambiental**: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-178.

ambiental repressivo para um proativo, preventivo, que se antecede à ocorrência de danos.

Daphné Tapinos²³ destaca que a responsabilidade civil não poderia permanecer indiferente aos princípios da prevenção e precaução. Isto porque, a multiplicação e a extensão de alguns danos cada vez menos tolerados pela sociedade, especialmente em matéria de ambiente e saúde, e a crescente preocupação com segurança, exige reflexões sobre o futuro da responsabilidade civil e denunciam a sua crise, a exigir a adaptação desse instituto os fatos.

Uma das funções da CTNBio, nos termos da Lei de Biossegurança, é a avaliação do risco referente às atividades que envolvam pesquisa de OGM e seus derivados e uso comercial de OGM e seus derivados com relação à saúde humana e o meio ambiente. Paulo Affonso Leme Machado relembra que “quem trata de *risco*, trata de *prevenção e precaução*”.²⁴ Contudo, ressalta Patrícia Faga Iglecias Lemos que “a falta de estudos conclusivos sobre os potenciais danosos dos organismos geneticamente modificados não ilidirá a responsabilidade civil pelos danos que venham a ser causados, com base na teoria da responsabilidade objetiva”²⁵, sendo incabível, ainda, a aplicação da teoria dos riscos do desenvolvimento²⁶ como excludente de responsabilidade.

Ocorre que o *conhecimento dos riscos*, especialmente no caso dos OGM, fica a cargo do Poder Público, ou seja, o consumidor não detém os elementos

23 Em língua original, o pensamento da autora : “le droit de la responsabilité civile ne pouvait rester insensible à la reconnaissance juridique des principes de prévention et de précaution. En effet, la multiplication et l’ampleur de certains dommages, en particulier dans le domaine de l’environnement et de la santé, ont placé au coeur des réflexions sur l’avenir de la responsabilité civile la question de l’adaptation de cette institution aux faits. Non seulement les risques engendrés par les progrès constants de la technologie contemporaine se font plus nombreux mais ils sont aujourd’hui de moins en moins tolérés par la société. Symptôme du souci croissant de sécurité, les principes de prévention et de précaution semblent cristalliser la crise, partout dénoncée, que traverse actuellement le droit de la responsabilité civile”. **Prevention, precaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 20-21.

24 **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 215.

25 Responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente causado por organismos geneticamente modificados. In: DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005, p. 136.

26 Henrique Mioranza Koppe Pereira. **Responsabilidade civil do fornecedor de alimentos: manipulação química e modificação genética**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.

necessários para, por exemplo, realizar a pesquisa que determinará a segurança ou não do alimento que consome. Tal aspecto ressalta, de um lado, a *confiança* dos consumidores na idoneidade dos responsáveis pelo gerenciamento dos riscos, e de outro, o *dever de informação*, como elemento essencial da precaução, que garante aos indivíduos o acesso ao conteúdo das decisões tomadas, garantindo a devida fiscalização.²⁷

O dever de informação não passou despercebido na Lei 11.105/05, que em seu artigo 40, determina:

“os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter *informação nesse sentido em seus rótulos*, conforme regulamento” (destaques da autora).

Perceptível, nesse viés, que há um *dever concreto e positivo de informação*, a cargo do poder público. E tal informação deverá ser instrumentalizada na *rotulagem* do produto, nos termos da regulamentação específica analisada no capítulo a seguir.

3. ROTULAGEM DE PRODUTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

3.1. A NORMA BRASILEIRA DE ROTULAGEM DOS OGM (DECRETO 3.871/2001) EM CONFRONTO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As determinações constitucionais que tratam do direito à informação constituem direitos fundamentais, consubstanciados no art. 5º, IV, XIV e XXXIII, da CF/88:

“IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”;

“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

27 Ivar Alberto Martins Hartmann. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 70, 2009, p. 191.

“XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

O direito à informação abrange, portanto, o *direito de informar* consubstanciado na liberdade de pensamento (inciso IV), o *direito de se informar*, ou direito de acesso à informação (inciso XIV) e *direito de ser informado* ou receber informação (inciso XXXIII).

No tocante aos direitos do consumidor, especial relevância adquirem o *direito de se informar* e o *direito de ser informado*, que se refletem nas relações de consumo através do *princípio da transparência*, estabelecido no artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

Além disso, constitui direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor:

“a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Ao direito básico previsto no art. 6º, corresponde o dever do fornecedor estabelecido no art. 31, em que uma vez mais, a Lei 8078/90 ressalta a importância da informação quando trata das práticas comerciais e da oferta na relação de consumo:

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”.

Nota-se que para atender aos ditames do Código, a informação recebida pelo consumidor deve preencher os requisitos de adequação, suficiência e veracidade.

Destacam-se, ainda, os artigos 8º, 9º e 10 do mesmo Código, que obrigam o fornecedor a prestar informações claras e adequadas em caso de riscos previsíveis, e no caso de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança, a informação deve ser ostensiva e adequada, de forma a alertar o consumidor.

É possível, ainda, ressaltar que o dever de informar também se origina de um dos princípios basilares da Lei nº 8078/90, qual seja, a boa-fé e seu dever anexo de informar, que em última análise se traduz como norma de comportamento indispensável para o equilíbrio da relação de consumo, posto que a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I) também deve ser considerada na relação estabelecida.

Além das referências normativas do Código de Defesa do Consumidor e do art. 40 da Lei 11.105/05, que asseguram de forma genérica o direito à informação, especificamente com relação aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, referido direito encontra-se regulamentado pelo Decreto 4680, de 24 de abril de 2003.

O Decreto 4680/03, em seu artigo 2º, determina que os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham um limite *superior a um por cento* de OGM na sua composição devem possuir *rótulo* contendo em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico”; “contém (nome do ingrediente(s)) transgênico” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”. O mesmo artigo exige a rotulagem para todos os alimentos, sejam embalados, a granel e *in natura*, bem como a rotulagem de alimentos produzidos *a partir de animais* alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos.

A seu turno, estabelecendo a possibilidade de uma *rotulagem positiva*, o artigo 4º do mesmo decreto estabelece que os alimentos e ingredientes alimentares que não contenham nem sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “(nome do produto ou ingrediente) livre de transgênicos”, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro.

Ângela Frota define *rotulagem* como:

“o conjunto de todas as menções, indicações, marcas de fabrico ou de comércio, imagens ou símbolos referentes a um gênero alimentício e que figurem em qualquer embalagem, documento, aviso, rótulo, anel ou gargantilha que acompanhe ou seja referente a tal gênero alimentício”.²⁸

Assim, a rotulagem pode ser considerada um mecanismo de efetivação do direito de informação do consumidor, permitindo a este o conhecimento e direito de escolha sobre o que está consumindo.

A grande polêmica sobre a questão surge a partir da indagação se as normas do Decreto 4680/03 ferem o CDC e os direitos do consumidor, na medida em que o direito à informação garantido pelo Código (especialmente os artigos 6º, III e 31) garantem o direito à informação plena, *independentemente do limite de tolerância* estabelecido pelo decreto, qual seja, *superior a um por cento* de OGM.

A doutrina se divide entre argumentos a favor do direito pleno à informação, e aqueles que defendem a previsão de um percentual de tolerância, tal qual estabelecido no Decreto 4680/2003.

Cláudia Lima Marques, defensora da primeira corrente, de maneira incisiva destaca que:

“o direito à informação dos consumidores não deve encontrar nenhum limite a não ser a determinação científica da presença do OGM, nem de 1%, pois viola fortemente o direito à informação que é total e deve ser definido pela ciência e sua capacidade de detectar o OGM no alimento. Há muitos colorantes e ingredientes que têm uma porcentagem inferior e que são mencionados no rótulo. Se realmente os transgênicos não causam danos à saúde pública, então não há nenhuma razão de não informar os consumidores. A informação sobre os transgênicos é uma informação necessária à saúde e à dignidade humana. A lei brasileira deve ser aperfeiçoada e o governo deve começar um controle eficaz, com pesadas sanções administrativas (e mesmo penais) em caso de violação das regras”.²⁹

28 **O regime da segurança alimentar na União Européia**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 78.

29 Organismos geneticamente modificados, informação e risco da “novel food”: o direito do consumidor desarticulado? **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito**. Vol. III. Nº VI. Porto Alegre: PPGDir./URFGS, 2005, p. 123.

Nesta ótica, em que se quer assegurar o exercício pleno do direito de escolha pelo consumidor, o importante não é o estabelecimento do *quantum* do OGM, mas sim o conhecimento de sua presença. A partir da compreensão de que o ingrediente do produto é informação inerente à sua característica, o mesmo não poderia ser omitido. De observar-se, ainda, que a própria Lei de Biossegurança, que é posterior ao Decreto 4680/03, não faz limitação de percentual para a rotulagem.

De outro lado, os argumentos que defendem a previsão de um percentual de tolerância dos OGM em alimentos podem ser sintetizados: a) não se pode argumentar que os OGM oferecem riscos à saúde, porque uma vez liberados para comércio pela CTNBio, pressupõe a sua segurança; b) os arts. 6º e 31 do CDC tem conteúdo genérico para oferta de qualquer produto ou serviço, e tratando-se produtos alimentícios, as normas gerais do CDC devem ser complementadas por outras de ordem técnica específicas para este tipo de produto, no caso, o Decreto 4.680/03; c) o percentual limitador justifica-se porque não existem alimentos absolutamente puros, sendo que não há como fornecer garantias de qualquer nível de pureza no processo de produção; d) o próprio Codex Alimentarius da FAO/OMS estabelece níveis toleráveis de resíduos em alimentos humanos, e os rótulos não informam a presença desses fragmentos, porque os considera toleráveis; f) alto custo da rotulagem, sendo que mais justo e economicamente racional seria rotular com o adjetivo “livre de...”, pois assim somente os consumidores interessados pela informação arcariam com os custos decorrentes.³⁰

Outra questão tormentosa, com relação ao artigo 2º do Decreto 4680/03, é a determinação de que a informação acerca da presença do OGM acima de um por cento na rotulagem seja acompanhada de um “símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça”. A definição desse símbolo foi estabelecida através da Portaria 2658/03. Trata-se da letra “T” inserida dentro de um triângulo de cor amarela. Ocorre que, nos termos da Norma ISO 3864-2002, este símbolo seria indicativo de “perigo”. Sendo assim, considerando que a liberação para comércio de organismos geneticamente modificados deve ser submetida a rigorosa avaliação de segurança alimentar e no meio ambiente, o indicativo de “perigo”

30 Os argumentos foram expostos por Luciano Custódio Teixeira. Op. cit., p. 324.

configura-se inadequado. Ademais, a presença do símbolo poderia causar dúvidas ao consumidor, afastando-o do consumo do produto, com efeitos nocivos à comercialização.

3.2. NORMATIVA INTERNACIONAL

3.2.1. *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (PC) e Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC)*

O Protocolo de Cartagena é um tratado sobre biossegurança assinado durante a Convenção sobre Diversidade Biológica, em Cartagena, Colômbia. Foi aprovado em 29 de janeiro de 2000 e entrou em vigor em setembro de 2003.

Disciplina questões envolvendo o estudo, a manipulação e o transporte de organismos modificados pela biotecnologia entre os países membros do acordo. Para tanto, possui um enfoque precautório, ao gerenciar riscos que podem advir do movimento transfronteiriço destas substâncias, o que é aferido caso a caso em relação a cada organismo notificado ao Estado importador. Referida “notificação” ocorre por meio do do procedimento denominado “Acordo Prévio Informado”, que possibilita aos países signatários a oportunidade de obter informações antes que novos organismos geneticamente modificados sejam importados para seus territórios. Ou seja, os exportadores devem obter o consentimento antes da primeira remessa desses organismos.

De acordo com este Protocolo, as partes estão autorizadas, diante da incerteza científica (princípio da precaução) devido à insuficiência de informações quanto aos efeitos adversos da importação de OGMs sobre a conservação e uso sustentável de sua biodiversidade, a proibir ou impor restrições às importações de produtos transgênicos (artigos 10.6 e 11.8 do PC). Essa decisão, contudo, poderá ser revista, se o país importador chegar à conclusão, com base em novas evidências científicas, de que não haveria riscos de dano à biodiversidade associados à importação do OGM inicialmente proibido.

Porém, conforme alerta João Alberto Alves de Amorim:

“ao disciplinar a questão da biossegurança, o Protocolo enfrenta a árdua tarefa de equilibrar e disciplinar duas áreas imiscíveis: os

poderosos interesses econômicos das corporações por detrás da biotecnologia e os interesses da conservação da biodiversidade biológica e da proteção das saúdes humana e animal”.³¹

O ponto fulcral do conflito, consoante exposto Maria Cristina Ferraz Alves³², reside no fato de o Protocolo de Cartagena não obrigar o país importador a buscar informações adicionais para alcançar a certeza científica, o que pode ser compreendido como uma medida comercial restritiva em vigor indefinidamente, acarretando potencial incompatibilidade entre o Protocolo e os Acordos da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Especificamente, o disposto no Protocolo contrastam com o artigo 5.7 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC³³ que, embora autorize os Estados Membros a adotar medidas sanitárias ou fitossanitárias provisórias nos casos em que a evidência científica for insuficiente, obriga os países a revê-las em um prazo razoável. Essa revisão impõe aos membros a obrigação de buscar informações adicionais necessárias a uma avaliação de risco mais efetiva.

Curioso notar, nesta perspectiva, que o Brasil é o único grande produtor de OGM que ratificou a adesão, em fevereiro de 2004, ao passo que outros grandes produtores como os Estados Unidos, Argentina e Canadá, não aderiram, o que se justifica, talvez, pelo fato de o Brasil também adotar o princípio da precaução em sua normatização interna de proteção ambiental.

31 O Protocolo de Cartagena e a Bio(in)segurança brasileira. In: DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005, p. 108.

32 **A regulamentação internacional dos transgênicos: contradições e perspectivas**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2009, p. 121.

33 Marina Cristina Ferraz Alves, op. cit., p. 123, esclarece que: “embora não consigne nenhum dispositivo disciplinando exclusivamente o comércio de alimentos transgênicos, o Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) da OMC estabelece normas e procedimentos potencialmente aplicáveis a esses produtos, que têm por objetivo coibir a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS) com fins protecionistas ou que possam ter um efeito adverso sobre o seu intercâmbio internacional. (...) Embora reconheça ao Membro o direito de estabelecer nível de proteção mais adequado ao interesse nacional, o Acordo impõe que no exercício desse direito sejam adotadas medidas que tenham menos impacto comercial (art. 5.4). O SPS também insta os Membros a evitar distinções arbitrárias ou injustificáveis no nível de proteção que consideram apropriado em situações similares, se essas distinções resultarem em discriminação ou em uma restrição comercial disfarçada”.

3.2.2. *Codex Alimentarius*

O *Codex Alimentarius* foi criado conjuntamente pela FAO e pela OMS em 1963. A Comissão do Codex tem se dedicado à elaboração de normas para proteção da saúde humana, combate de práticas desleais na comercialização de alimentos e coibir a adoção de medidas sanitárias ou fitossanitárias com fins protecionistas.³⁴

O *Codex* tem se ocupado do tema biotecnológico desde meados da década de 90, época em que a rápida expansão do comércio internacional de *commodities* de OGM, combinada com uma série de escândalos envolvendo a venda de alimentos contaminados, suscitaria preocupações em relação aos potenciais riscos que os transgênicos poderiam representar para o sistema de segurança alimentar, na ausência de uma regulamentação multilateral disciplinando sua movimentação transfronteiriça.

A percepção de que a diversidade regulatória poderia afetar a segurança e previsibilidade das operações internacionais envolvendo OGM conduziu à criação, em 1999, do Grupo de Ação Inter Governamental Especial sobre Alimentos obtidos por Meios Biotecnológicos (TF-FBT). O mandato inicial do grupo era elaborar princípios e diretrizes para a análise da inocuidade e dos aspectos nutricionais desse tipo de alimento, de acordo com os dados científicos existentes, as análises de risco realizadas e outros fatores relacionados à saúde dos consumidores e à promoção de práticas equitativas de comércio. Para execução desse mandato, o Grupo deveria coordenar-se com outros Comitês do Codex, entre os quais o de Etiquetagem de Alimentos, cuja discussão precípua na última década, sem grandes avanços, era um projeto de diretrizes para a etiquetagem de alimentos e ingredientes alimentares obtidos por biotecnologia.³⁵

As dificuldades envolvidas na discussão do projeto de diretrizes para a etiquetagem de alimentos decorrem das divergentes posições em relação ao alcance dos princípios que deveriam nortear referido projeto.

A posição dos países integrantes da União Européia, por exemplo, defendem a obrigatoriedade da rotulagem como um direito do consumidor à informação

34 Extraído de <www.codexalimentarius.net>. Acesso em 11 de junho de 2014.

35 Marina Cristina Ferraz Alves, op. cit., p. 33.

sobre o conteúdo dos alimentos em circulação, além de ser um instrumento fundamental para sua certificação adequada. Nestes países, cujo posicionamento em relação aos OGM é bastante restritivo, os consumidores deveriam poder escolher os alimentos que pretendem consumir a partir de considerações que não se esgotam nos aspectos de inocuidade, incluindo também a origem dos alimentos, método de produção, práticas agronômicas e preferências individuais. Para tanto, advogam a inclusão obrigatória na etiqueta de alimentos derivados de OGM a informação acerca do método utilizado em sua produção.

Em posição oposta, países produtores de alimentos transgênicos, liderados pelos EUA, consideram que a proteção da saúde humana não justifica a exigência de rotulagem obrigatória, uma vez que previamente à comercialização, já são submetidos a uma análise rigorosa de sua inocuidade. Argumentam também que a rotulagem poderia ser instrumentalizada para fins protecionistas, na medida em que poderia criar uma percepção equivocada no consumidor de que o fato de ser um OGM não seria inócuo, o que em consequência afetaria negativamente a sua comercialização.

Entretanto, uma mudança neste cenário de oposição à rotulagem começa a se evidenciar. Isto porque, na Cúpula Anual da Comissão do *Codex Alimentarius*, realizada em julho de 2011 em Genebra, na Suíça, a delegação dos EUA retirou a oposição ao documento de diretrizes sobre rotulagem de transgênicos³⁶. Além disso, o parlamento do estado americano de Vermont aprovou em abril de 2014 a primeira lei de rotulagem de alimentos transgênicos no país, que uma vez assinada pelo governador, entrará em vigor em 2016.³⁷

3.2.3. *União Européia e mecanismos de rastreabilidade e rotulagem*

Na União Européia, os mecanismos de rastreabilidade e rotulagem de organismos geneticamente modificados estão disciplinados pelo Regulamento (CE) nº 1830/2003 (relativo à rastreabilidade e rotulagem de OGM e à rastreabilidade de gêneros alimentícios e alimentos para animais produzidos a

36 Extraído de <www.idec.org.br>. Acesso em 11 de junho de 2014.

37 Vide em <http://www.huffingtonpost.com/andrew-kimbrell/vermont-stands-on-the-cus_b_5200670.html>. Acesso em 11 de junho de 2014.

partir de OGM), Regulamento (CE) nº 65/2004 (estabelece um sistema para criação e atribuição de identificadores úni­dos aos OGM), bem como Diretiva 2001/18/CE.

Da análise destas normas, é possível perceber que a União Europeia possui uma das mais rígidas legislações sobre rotulagem e rastreabilidade. Depois de, em 1998, ter imposto uma moratória sobre a venda de alimentos derivados de OGM, adotou legislação fortemente embasada no princípio da precaução.³⁸

Nos termos da Diretiva 2001/18/CE, artigo 26º, nº 1, a fim de assegurar que a presença de OGM em produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM seja identificada de forma adequada, a expressão “este produto contém organismos geneticamente modificados” deverá constar claramente em um rótulo ou documento de acompanhamento.

A seu turno, o Regulamento (CE) nº 1830/2003 altera a Diretiva 2001/18/CE, e estabelece que ao artigo 21º é aditado o número seguinte: no tocante aos produtos destinados ao processamento direto, os vestígios de OGM autorizados não devem ultrapassar proporção superior a 0,9%, desde que a presença destes vestígios seja acidental ou tecnicamente inevitável.

O mesmo Regulamento estabelece eficientes mecanismos de rastreabilidade de OGM na União Europeia. A *rastreabilidade* consiste:

“na capacidade de detectar a origem e seguir o rastro de um gênero alimentício, de um alimento para animais, de um animal produtor de gêneros alimentícios ou de uma substância, destinados a ser incorporados em gêneros alimentícios ou em alimentos para animais, ou com probabilidades de o ser, ao longo das fases de produção, transformação e distribuição”.³⁹

A introdução da rastreabilidade dos OGM ao longo de toda a cadeia alimentar constitui um elemento de respeito à confiança do consumidor, pois possibilita ter um histórico do produto, e funciona como um complemento no gerenciamento

38 Christine Noiville e Pierre-Henri Gouyon. Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés. Le cas du maïs transgénique. In: VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le Principe de Précaution**. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 294.

39 Ângela Frota. Op. cit., p. 77.

de sua qualidade e informação, tornando mais fácil a detecção de problemas que ocorram durante o processo de produção, bem como a adoção de práticas preventivas.

É o artigo 4º do Regulamento (CE) nº 1830/2003 que define as regras de rastreabilidade, estabelecendo uma disciplina por fases. Na *primeira fase* da colocação no mercado de produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM, incluindo produtos a granel, os operadores devem assegurar a transmissão por escrito das seguintes informações ao operador que recebe o produto: a) que o produto contém ou é constituído por OGM; b) o ou os identificadores únicos atribuídos a esses OGM. Em todas as *fases subsequentes* da colocação no mercado dos produtos derivados de OGM, os operadores devem assegurar que as informações recebidas sejam transmitidas por escrito aos operadores que recebem os produtos. No caso de produtos que *contenham ou sejam constituídos por misturas de OGM* a serem utilizados exclusiva e diretamente na alimentação humana ou animal ou na transformação, as informações podem ser substituídas por uma declaração do operador sobre essa utilização, acompanhada de uma lista dos identificadores únicos para todos os OGM que foram usados na constituição da mistura.

Com relação ao monitoramento, os operadores devem dispor de sistemas e aplicar procedimentos normalizados que permitam conservar as informações especificadas e identificar, durante um período de cinco anos a contar de cada transação, o operador a quem e por quem foram disponibilizados os produtos OGM.

O “identificador único” mencionado no artigo 4º acima referido, por sua vez, é disciplinado pelo Regulamento (CE) nº 65/2004, que estabelece um sistema para criação e atribuição de identificadores únicos aos organismos geneticamente modificados.

Os operadores que colocam no mercado produtos constituídos por OGM ou que contenham OGM, devem incluir, no âmbito das informações específicas, o identificador único atribuído a cada OGM para indicar a sua presença e revelar os processos específicos de transformação contemplados pela autorização de colocação do OGM no mercado.

Os identificadores únicos devem ser criados em conformidade com um formato específico, a fim de garantir coerência a nível comunitário e internacional.

Este identificador é composto por nove caracteres, entre letras e números, e foi homologado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Por conseguinte, o identificador para um OGM concreto é inserido em uma base de dados (*BioTrack*), sendo que a Comissão ou autoridade que expedir a autorização de comercialização deverá comunicar este identificador único ao Centro de Intercâmbio de Informações sobre Segurança em Biotecnologia, estabelecido no marco do Protocolo de Cartagena.

3.2.4. *Estados Unidos e o Princípio da Equivalência Substancial*

Os Estados Unidos são um dos grandes produtores de alimentos por meio de biotecnologia, porém, possui um sistema de rotulagem bastante diferenciado do mecanismo protetivo da União Européia.

Referido país o Princípio da Equivalência Substancial como mecanismo para avaliar a segurança dos alimentos derivados de OGM. Por este princípio, os produtos biotecnológicos só devem ser rotulados quando forem identificadas diferenças significativas em relação a um homólogo convencional, em termos de composição, valor nutricional ou uso pretendido. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti explica que:

“as normas reguladoras do assunto consideram que os riscos advindos dos produtos provenientes da biotecnologia genética são os mesmos observados em produtos convencionais, ou seja, produtos não advindos das técnicas da engenharia genética. Neste sentido, os testes, nos dois casos, para atestar a segurança do produto, são os mesmos. As normas desse país são fundamentadas no produto final e não no procedimento utilizado para sua obtenção”.⁴⁰

Em consequência, os EUA somente utilizam rotulagem específica quando houver necessidade, observando-se as alterações importantes no produto. Portanto, utilizam o sistema de rotulagem voluntária, com verificação prévia pelo FDA (Foods and Drugs Administration), antes de sua colocação no mercado.

Há de se indagar, neste contexto, se a mudança de posição dos EUA no Encontro Anual da Comissão do *Codex Alimentarius*, em 2011, retirando a sua

40 Op. cit., p. 311.

oposição à rotulagem, conforme referido em capítulo anterior, traria reflexos também no âmbito interno daquele país.

Com efeito, é sabido que existe uma grande pressão popular exigindo a rotulagem de todos os alimentos geneticamente modificados⁴¹, além da atuação de organizações internacionais, como o *Greenpeace*. Não se pode afirmar, ainda, que essas pressões acabarão por romper, ou pelo menos flexibilizar, a tradicional resistência dos EUA à rotulagem. Novos acenos, entretanto, se assinalam no horizonte.

4. CONCLUSÕES

No estágio atual das pesquisas científicas relacionadas aos OGMs, ainda não há grau de certeza suficiente acerca de seus resultados. Conquanto seja inegável que o uso de OGMs propicia maior eficiência, menos custos e maior produção, esse benefício contrapõe-se aos riscos apresentados por uma ciência cujos resultados futuros ainda não podem ainda ser conhecidos.

Disso resulta a aplicação do *princípio da precaução*, que se consubstancia em um agir consciente, ponderado, prudente, e uma *obrigação de segurança*, portanto, essencial para o efetivo gerenciamento dos riscos alimentares.

Por sua vez, a precaução aplica-se no direito do consumidor através da efetivação do *direito à informação*, em necessária sincronia. Isto porque, em se tratando de nocividade ou periculosidade potencial de um alimento, mesmo que não provada, há um dever de informar qualificado, posto que o direito à alimentação saudável é o suporte necessário para a segurança do consumidor e o próprio direito à vida.

Ainda que o grau de proteção acerca da matéria seja variável no âmbito internacional, posto que envolve questões comerciais e interesses financeiros relevantes, no sistema brasileiro, o consumidor goza de proteção constitucional e infraconstitucional para decidir o que irá ou não consumir de forma consciente.

41 De acordo com *The New York Times*. July 27, 2013. Disponível em <http://www.nytimes.com/2013/07/28/science/strong-support-for-labeling-modified-foods.html?_r=0>. Acesso em 11 de junho de 2014.

Dessa forma, a *rotulagem* é um mecanismo que possibilita ao consumidor escolher se aceita ou não consumir alimentos cujas propriedades não são ainda suficientemente conhecidas pela ciência. Além disso, é direito do consumidor ser informado de maneira adequada sobre a qualidade, quantidade e composição dos alimentos que pretende adquirir, não com o escopo de garantir a total segurança do produto, posto que o risco ainda é incerto, mas sim de informar os ingredientes envolvidos na sua elaboração e os seus riscos *potenciais*, para que este possa exercer seu direito de escolha de forma livre, em respeito ao exercício da cidadania e à dignidade humana.

5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Maria Cristina Ferraz. **A regulamentação internacional dos transgênicos: contradições e perspectivas**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009.
- AMORIM, João Alberto Alves. O Protocolo de Cartagena e a Bio(in)segurança brasileira. In: DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **O impacto da rotulagem dos alimentos transgênicos nos direitos da personalidade e na sadia qualidade de vida**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.
- FROTA, Ângela. **O Regime da Segurança Alimentar na União Européia**. Curitiba: Juruá, 2007.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 70. São Paulo: RT, 2009.
- LEMOS, Patrícia Iglecias Faga. **Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- _____. Responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente causado por organismos geneticamente modificados. In: DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação dos riscos. **Revista dos Tribunais**. Vol. 856. Fev./2007.
- _____. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Organismos geneticamente modificados, informação e risco da “novel food”: o direito do consumidor desarticulado? **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito**. Vol. III. Nº VI. Porto Alegre: PPGDir./URFGS, 2005, p. 105-124.
- NERY JUNIOR, Nelson. Rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. **Biotecnologia no Brasil: uma abordagem jurídica**. São Paulo: ABIA, 2002.
- NOIVILLE, Christine ; GOYOUN, Pierre-Henri. Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés. Le cas du maïs transgénique. In: VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le Principe de Précaution**. Paris: Odile Jacob, 2000.
- PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. **Responsabilidade civil do fornecedor de alimentos: manipulação química e modificação genética**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.
- ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SERRA, Sílvia Helena. Caso Soja Roundup Ready: a violação do princípio democrático e do princípio da publicidade pela CTNBio. In: DERANI,

Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.

SOUZA, Júpter Palagi de; SOUZA, Larissa Oliveira Palagi de. Princípio da Precaução: pesquisas biotecnológicas, mudanças climáticas, disputas econômicas e organismos geneticamente modificados. **Revista de Direito Ambiental**. Vol. 59. Jul/2010, p. 185 e seguintes.

TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008.

TEIXEIRA, Luciano Custódio. Alimentos transgênicos: questões controversas. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 77. P. 312. Jan.-Mar./2011.

VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le Principe de Précaution**. Paris: Odile Jacob, 2000.

CATIVIDADE MARCÁRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR POR FATO DO SERVIÇO

Fernando Antônio de Vasconcelos¹

André Luiz Cavalcanti Cabral²

Resumo

A marca se consolidou como instrumento de expansão dos agentes econômicos no mercado globalizado. Sua importância tem lhe tornado um ativo fundamental nas relações empresariais. A partir da concepção do processo que se denomina de “catividade marcária”, compreende-se que a marca é o farol de orientação do mercado, sendo a referência primordial dos consumidores. No entanto, as estruturas contratuais complexas dos dias atuais criam grupos econômicos formais e informais que são dificilmente identificados pelo mercado de consumo. Justamente, quando um consumidor sofre um dano oriundo de uma prestação de serviço, a dificuldade de identificar os membros da cadeia de fornecimento acentua sua vulnerabilidade. Nesse âmbito, a catividade marcária permite a superação do obstáculo de agrupamento dos partícipes da cadeia pelo compartilhamento da marca. O que se propõe, no presente ensaio, é um novo paradigma de responsabilização a partir da marca, na hipótese de responsabilidade por fato do serviço. A metodologia se baseará numa vertente jurídico-econômica e partirá de uma análise indutiva e levantamento de bibliografias, com o marco teórico de Cláudia Lima Marques e Carlos Nelson Konder.

Palavras-chave

Catividade Marcária; Responsabilidade; Fato do serviço.

1 **Fernando Antônio de Vasconcelos**, mestre e doutor em Direito Civil pela UFPE e professor da UFPB e do Unipê. E-mail: fer.mengo@uol.com.br

2 **André Luiz Cavalcanti Cabral**, mestre em Ciências Jurídicas com linha de pesquisa em Direito Econômico; doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. E-mail: cabral@crc.adv.br

Abstract

The brand was consolidated as an instrument of expansion of economic agents in the global market. Its importance has made him a key asset in business relations. From the process which is called “trademark captivity”, it is understood that the brand is the beacon of market orientation, being the primary consumer reference. However, the complex contractual structures of today creates formal and informal economic groups which are hardly identified by the consumer market. Precisely, when a consumer suffers an injury arising from the provision of service, the difficulty of identifying the members of the supply’s chain increase their vulnerability. In this context, the trademark captivity allows overcoming the obstacle of grouping the participants in the chain by sharing the brand. What is proposed in this essay, is a new paradigm of liability based in the brand, the assumption of responsibility for the fact of service. The methodology will be based on a legal-economic aspect and depart from an inductive analysis and bibliographic surveys, with the theoretical framework of Claudia Lima Marques and Carlos Nelson Konder.

Key words

Trademark captivity; Liability; Fact of the service.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil continua a ser tema intrigante que desafia os estudiosos do direito dado o dinamismo das relações jurídicas atuais. De fato, a vida contemporânea provoca formas renovadas de se enxergar e refletir o fenômeno da responsabilização. Afinal, principalmente na seara consumerista, a responsabilidade civil tem a missão de harmonizar uma relação, geralmente, de início, desequilibrada com um de seus pólos mais vulnerável. Justamente, diante da vulnerabilidade do consumidor, qualquer técnica interpretativa do sistema legal, que permita novos instrumentos de suporte à sua reparação, apresenta-se relevante.

No ambiente econômico, os agentes econômicos concorrem numa contínua disputa por expansão de seus mercados. SANTOS entende a globalização como um “[...] conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das

interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais”. SANTOS (2002, p. 85). No contexto da globalização econômica, há uma intensificação da questão concorrencial, pois o capital empresarial é volátil e sem pátria. Assim, desloca-se na tentativa de majorar seus resultados da sua atividade. A mundialização dos mercados consiste em complexo fenômeno expansivo composto por ações que massificam a produção, a publicidade, as necessidades e, também, os contratos.

No que tange aos ativos imateriais, consolidou-se o dogma de que o desenvolvimento econômico de um país pressupõe a sistematização de instrumentos assecuratórios da exploração econômica das criações intelectuais e inventivas. Portanto, a proteção dos bens intelectuais valoriza o patrimônio empresarial, bem como, assegura sua estabilidade e credibilidade mercadológica. Dentre as diversas espécies de ativos imateriais ou intangíveis, destaca-se a necessidade de proteção da marca, tendo em vista sua função de identificação e remissão de origem dos produtos e/ou serviços perante o mercado consumidor.

O que se propõe, no presente ensaio, é um novo paradigma de responsabilização a partir da marca registrada, logo se tratará da marca, sua catividade e os grupos econômicos. Em seguida, há a tentativa de demonstrar a possibilidade de utilização da marca como novo condutor da responsabilidade pelo fato do serviço no âmbito das relações de consumo e sua fundamentação por um fenômeno socioeconômico e jurídico que se denomina de catividade marcária.

2. DA MARCA

Como consequência do liberalismo econômico, a propriedade privada se encontra sedimentada, constitucionalmente, como direito fundamental – artigo 5º, inciso XXII. No entanto, seu exercício encontra limites na função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII) e, também, noutra vertente, está elencado como princípio da ordem econômica – artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal. O direito de propriedade pressupõe a faculdade de usar, dispor, gozar da coisa e reavê-la de quem injustamente a possui ou detenha³,

3 Cf. Artigo 1228 do Código Civil Brasileiro. BRASIL (2002).

sendo portanto o substrato máximo e absoluto que permite um direito exclusivo e sem intermediários sob o bem que perfaz seu objeto.

Resta superada a concepção liberal que considerava a propriedade como um direito individual absoluto, uma vez que a sua importância para o bem-estar geral e para a condução econômica está a demonstrar que o seu exercício há de ser relativizado com vistas a tais finalidades. No entanto, não se olvida de que a propriedade continua sendo sinônimo de poder. “Parece uma realidade que o poder econômico — seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valor mobiliário — constitui um dos pressupostos do poder político.” TAVARES (2003, p. 159). Na esteira da relativização do aspecto individual, a propriedade foi absorvendo um conteúdo social de ordem coletivista ou geral que lhe impõe uma funcionalidade para muito além de um *jus abutendi*.

Os signos empresariais são bens que podem ser apropriados e que ganharam importante relevo sob a perspectiva de patrimônio intangível. Por sua vez, a marca é todo sinal distintivo que indica a ideia de origem de um bem, seja um produto ou serviço, cujo uso serve de orientação para o consumo e como referência à escolha de mercado. Ademais, há na marca a funcionalidade de identificação dos bens aos quais é aposta, isto é, diferenciam-se os produtos e serviços que são marcados pelo símbolo escolhido para servir de marca dos seus concorrentes. Para SOARES:

[...] a marca é o sinal gráfico, figurativo ou de qualquer natureza, isolado ou combinado e que se destina à apresentação do produto e/ou do serviço ao mercado. Por isso deve ser distintiva, especial e inconfundível. Consistindo a marca num sinal qualquer, e empregada essa palavra genericamente, subentende-se que marca é tudo, dispensando-se assim qualquer forma enumerativa, exemplificativa ou restritiva. Este sinal comumente se apresenta de forma gráfica, tendo por objeto a letra, sílaba, palavra, conjunto de palavras; o número ou conjunto de números; o risco, traço, conjunto de riscos ou traços; a sua forma figurativa ou ainda o conjunto das primeiras com esta última. SOARES (2000, p.16).

As marcas podem ser classificadas segundo critérios diversos, contudo a principal classificação diz respeito à sua apresentação. Nessa esteira, a marca

nominativa seria composta apenas de algarismos alfabéticos; a figurativa formada exclusivamente por símbolos ou figuras sem dizeres ou palavras escritas; e, a mista quando se associa elementos figurativos com nominativos concomitantemente.

No âmbito jurídico, a proteção marcária foi inserida em sede constitucional a partir da Constituição Federal de 1891⁴, entretanto no atual ordenamento jurídico brasileiro há proteção constitucional, no art. 5º, inc. XXIX, a elevando a categoria de direito fundamental. Essa proteção constitucional possui um desdobramento infraconstitucional, sendo disciplinada pela Lei nº 9.279 de 1996, ou o Código da Propriedade Industrial, importante diploma legal que tem por objeto a proteção das criações intelectuais industriais, incluídas, além das marcas, as patentes, as indicações geográficas e os desenhos industriais.

A proteção atribuída no direito interno é lastreada por uma sólida base internacional da matéria com tratados internacionais, como a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 75.572/1985, bem como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio⁵.

A titularidade da marca, no caso do Brasil, ocorre com seu registro no INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial que atesta a viabilidade de apropriação dos símbolos e nomes requeridos como marca. São critérios para o registro marcário: a novidade, a veracidade, a capacidade distintiva e a licitude para a obtenção do registro. O registro passa a ser o fato gerador do direito de exclusividade por um decênio, passível de renovações sucessivas.⁶

Segundo KOTLER “[...] para as empresas as marcas representam uma propriedade legal incrivelmente valiosa que pode influenciar o comportamento

4 Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica. BRASIL (1891).

5 Chamado de TRIPS, do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), integrante do conjunto de Acordos assinados em 1994, no encerramento da Rodada Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC), recepcionado no Brasil pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

6 Lei nº 9.279/96 (LPI) - Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos. BRASIL (1996).

do consumidor, ser comprada e vendida e, ainda, oferecer a segurança de receitas futuras e estáveis para seu proprietário”. KOTLER (2006, p. 269). Note-se que a essência imagética marcária emerge facilmente perceptível pelo sentido da visão que é uma fonte informativa para o raciocínio humano. Assim o mercado reconhece na marca a matriz informativa que atribui qualidade ao produto ou ao serviço auxiliando na escolha que o consumidor deve realizar entre todos os bens ofertados, logo sua natureza jurídica é de bem móvel imaterial. NEGRÃO afirma que: “Do ponto de vista do estabelecimento e identificando sua natureza jurídica, a marca pode ser conceituada como um direito de propriedade incorpóreo, integrante do estabelecimento, que tem como funções distinguir produtos e serviços e, em alguns casos, identificar sua origem e atestar o atendimento desses quanto a certas normas e especificações técnicas.” NEGRÃO (2010, p.167).

A construção teórica e legal da proteção marcária pode ser entendida em contexto multidisciplinar abrangendo elementos de economia, antropologia, ciências sociais, psicologia, direito e outros, por isso infere-se ela como fenômeno típico da globalização. Dessa maneira, a marca recebe o profissionalismo típico do ambiente empresarial, assim ela é pensada por *experts* de *marketing*, com base em perfis psicológicos dos consumidores de acordo com os *targets* ou nichos de Mercado que se almeja. Aduz SOLOMON “[...] com frequência tem imagens claramente definidas, ou ‘personalidades’, criadas pela propaganda do produto, por sua embalagem, pela caracterização visual da marca e por outras estratégias de marketing.” SOLOMON (2011, p. 32).

Infere-se disso que, quando se fala em uma marca, raramente está se falando de um acaso, são bens construídos a partir de valores preconcebidos e para valorizar bens de interesse empresarial, portanto, percebe-se que ela é a provocadora por excelência de associação com o produto ou serviço ao qual adere. Afinal, as pessoas buscam a experiência prometida na publicidade, seja ela sucesso, poder, elegância ou prazer. BATEY argumenta que:

Vale repetir que uma marca é criada não só como resultado das atividades de um marqueteiro (o estímulo, ou *input*), mas também – e isso é o principal - como resultado da leitura e da reação do consumidor a essas atividades (o que ele depreende da mensagem). Do ponto de vista do marqueteiro, a marca é uma promessa, um pacto. Da perspectiva do consumidor, é uma série de associações, percepções e expectativas que existem em sua cabeça. {...} Com o

tempo, experiências e encontros vão formando um conjunto de associações, influenciado a percepção da marca e gerando a rede associativa, ou *engrama da marca*. BATEY, (2010, p. 27 e 28)

As marcas são faróis mercadológicos fincados na mente dos consumidores por meio da associação de valores, experiências e discursos que os capturam, desde a infância até o último suspiro. As imagens, como elementos vitais do processo de cognição humana, são adaptáveis às necessidades da velocidade e da transitoriedade do corpo social. Dessa forma, elas são idealizadas para servirem de ofertas preconcebidas aprisionadoras da atenção do consumidor que está preso à teia publicitária, sendo sujeito passivo de um bombardeio imagético.

A globalização pode ser conceituada como um conjunto de relações sociais com intensificação das interações transnacionais, nesse contexto, a publicidade e as marcas vão sendo lançadas à esfera global.

A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. E, como o resto do mundo visto e pelos consumidores, a cultura também se transforma num armazém de produtos destinados ao consumo, cada qual concorrendo com os outros para conquistar a atenção inconstante/errante dos potenciais consumidores. BAUMAN (2010, p. 33-34).

A supervalorização do fator marcário, de certa forma, é produto das estratégias nacionais e internacionais de adaptação do sistema capitalista e converge para a ampliação dos beneficiários da exploração de uma marca, pois surgem estratégias de compartilhamento marcário. A marca compartilhada por diversos contratos, a exemplo das espécies de licenciamento, franquia, concessão, representação, acaba por se propagar mais rapidamente, como também, permite-se seu fortalecimento no segmento de atuação que se publiciza. A necessidade inata de troca entre os grupos estimula o instituto da marca, como fenômeno integrante da globalização econômica.

Entretanto, há um desafio de compatibilização do interesse de imersão no fenômeno global, mas de se preservar quanto aos riscos próprios do universo econômico empresarial, sendo certo que o desenvolvimento das relações

comerciais, também, deve resguardar a justiça social e buscar a solidariedade nas relações. Isso em respeito à Constituição Federal que no art. 3º, I pondera que o desenvolvimento pressupõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A valorização do trabalho, ao lado de outras formas de relativização da livre iniciativa, como por exemplo, a função social da propriedade, indica a relevância de valores sociais na condução econômica, o que reflete ainda no núcleo principiológico da ordem econômica.

A igualdade de condições de mercado é pressuposto formal de condições iniciais de partida sem interferências estatais ou de outras ordens. No entanto, a concorrência exige dos empresários diversas estratégias de diferenciação para que possam ser percebidos em um mercado, cada vez mais, global. Ou seja, embora haja o pleito de um direito à igualdade de regras no jogo, há, de certa maneira, um direito à desigualdade ou de diferenciar-se, sendo este último muito mais resguardado e efetivo, porque dele resulta a construção das relações de poder. Como explica BOURDIEU a comunicação criando diferenças e identidades:

Em resumo, o mercado dos bens simbólicos tem as suas leis, que não são as da comunicação universal entre sujeitos universais: a tendência para a partilha indefinida das nações que impressionou todos os observadores compreende-se se se vir que, na lógica propriamente simbólica da distinção – em que existir não é somente ser diferente mas também ser reconhecido legitimamente diferente e em que, por outras palavras, a existência real da identidade supõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a diferença – qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre a outra, de negação de uma identidade por outra. BOURDIEU (2010, p. 129).

A igualdade não é um princípio de atuação no mercado, já que são os desiguais que se destacam e conquistam espaços diferenciados. Infere-se, então, ser por meio da desigualdade que mercados são dominados e se conquista a preferência de mais consumidores. Nessa realidade, a marca é um ativo econômico central dos mais relevantes, o que resultou em um reconhecimento legal da necessidade de sua proteção. Por vezes, os produtos e serviços são semelhantes, porém as marcas transmitem valores distintos que os coloca em segmentos de mercado distintos que buscam satisfação de necessidades diferentes.

A atração implementada pelos signos distintivos é determinante para o sucesso das atividades mercadológicas, seja na captação inaugural do consumidor, seja na manutenção de sua fidelidade. A dimensão do presente estudo perpassa o âmbito empresarial, visto que as estratégias que embasam esse poder atrativo marcário atuam sobre as mais diversas esferas e passa a ser assim não apenas um vetor econômico e ganha ares de valor cultural e social. Ademais, como aduz NUNES (2003, p. 58), a lógica da sociedade de consumo é no sentido de que as necessidades são pretextos para vender aquilo que se produz. Assim, se não há necessidades, inventam-se e os desejos são produzidos juntamente com os bens. O signo marcário remete o bem grafado à suas origens, denunciando os responsáveis pela sua oferta, isto é, esclarece aos consumidores e concorrentes, que dividem o ambiente de mercado, qual a procedência daquele bem marcado. No reconhecimento de KOTLER a “[...] marca é uma oferta de uma fonte conhecida.” KOTLER (2006, p. 22).

A marca consiste em um importante fator de influência nas escolhas feitas pelo consumidor, o que valoriza a marca como ativo intangível do capital empresarial, permitindo e incentivando o gasto de grandes fortunas em campanhas publicitárias que as expõem e atraem o consumidor, mas também consolida o vínculo da marca com valores almejados pelo próprio mercado. QUESSADA exprime o seguinte pensamento: “Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas.” QUESSADA (2003, p. 12).

Cria-se um sistema de retroalimentação em que a publicidade, como espécie de comunicação social de massa, fortalece a marca que ostenta e, por outro lado, a marca fortalece a própria publicidade que a propaga. Explicitada a questão da marca, cabe uma breve análise da formação dos grupos econômicos e do eventual papel que as marcas possam desempenhar.

3. DOS GRUPOS ECONÔMICOS

A condição de empresário é própria apenas dos sujeitos de direito personificados. Quanto às possibilidades jurídicas de personificação, têm-se empresários pessoas físicas (empresários individuais) e os que são pessoas jurídicas. Na segunda

hipótese, encontram-se tanto as sociedades empresárias (em sua imensa maioria estruturadas como LTDA ou S/A), como também as EIRELI⁷.

Os grupos econômicos são, justamente, resultados das relações entre empresários, principalmente, entre as sociedades empresárias, onde por meio de ações coordenadas ou harmonizadas se tem o objetivo de potencialização dos resultados econômicos dos partícipes acordos realizados. O espectro das conseqüências dos acertos entre os componentes do grupo é vasto. Essas relações consistem em negócios jurídicos que possibilitam concentração da exploração da atividade econômica e diminuição dos custos, mas podem limitar ou prejudicar a livre concorrência e gerar domínio de mercado.

Há grupos formais que são compostos por relações contratuais materializadas nas próprias constituições societárias nos registros empresariais. Entre as relações societárias mais comuns desta espécie se evidencia as *sociedades de simples participação, coligadas* ou *filiadas, controlada e controladora*. A primeira ocorre quando uma sociedade participa como sócia de outra com menos de 10% (dez por cento) do seu capital com direito a voto.⁸ Já a segunda, consiste nas situações onde uma sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais do seu capital de uma outra sociedade, mas sem controlá-la, ou seja, sem ser isoladamente determinante em sua gestão. Nas coligadas ou filiadas, portanto, as sociedades mantem as relações societárias entre si, contudo tidas como isoladas e sem organização conjunta⁹.

Por sua vez, na terceira forma, a *controlada* é aquela cujo capital outra sociedade participa com maioria do seu capital, como sócia majoritária e, dessa forma, com capacidade de controlá-la por meio de eleição da maioria de seus administradores. Finalmente, a *controladora* é, exatamente, a sociedade que participa da maioria do capital social de uma outra sociedade (controlada), com capacidade de controlá-la, isto é, de elegerem a maioria de seus administradores¹⁰, assim essas seriam as modalidades mais comuns de grupos econômicos de fato.

7 Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada ou EIRELI consiste na nova espécie de pessoa jurídica de direito privado criada pela Lei Nº 12.441, de 11 de julho de 2011 que a inseriu no art. 44, VI e no art. 980-A do Código Civil.

8 Cf. Código Civil, art. 1.100.

9 Cf. Lei das S/A, art.243,§1º e Código Civil, art. 1099.

10 Cf. Lei das S/A, arts.243,§2º, 246 e Código Civil, art. 1098.

Para BORBA: “O grupo será considerado de fato ou de direito, segundo tenha ou não tenha sido objeto de um ato formal de constituição.” BORBA (2007, p. 533). A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização comuns. Dessa forma, constituem grupos econômicos de direito. NEGRÃO entende o grupo de direito como a holding.

O grupo de direito, também chamado *holding* [...] se estabelece mediante convenção pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. [...] A ligação entre elas identifica-se com a expressão “grupo de sociedades” ou, simplesmente, “grupo”, criando uma nova estrutura administrativa e, ainda, podendo instituir órgão de deliberação colegiada e cargos de direção geral. NEGRÃO (2010, p. 511).

Há ainda o *Consórcio* definido como sociedades, sob o mesmo controle ou não, que unem-se para executar determinado empreendimento e compartilhar lucros e responsabilidades daí decorrentes e na forma pactuada entre elas¹¹. No consórcio, há a definição de suas “[...] obrigações entre as sociedades às condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.” NEGRÃO (2010, p. 512). Importante ressaltar que não há a personificação do consórcio, à ele não é outorgada personalidade jurídica por sua formalização.

Essas relações ocorrem por meio de operações societárias que provocam tanto concentração como a desconcentração de empresas, sendo todas essas operações regulamentadas pelo Código Civil. Nesse sentido, tem-se: (i) a transformação (mudança do modelo societário de uma sociedade, de uma limitada para sociedade anônima, consoante elucida os arts. 1113/1115); (ii) fusão (união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações, sendo regido pelos arts. 1119/1121); (iii) Incorporação (operação na qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, segundo arts. 1116/1118); (iv)

¹¹ Previsto na Lei das S/A, art.278.

Cisão (consiste no desdobramento da sociedade existente em, pelo menos, duas novas sociedades, criadas para suceder a transmitente extinta).¹²

No entanto, há a configuração de estratégias de grupo que não se formalizam por estruturas societárias comuns como as citadas ou como contratos formais como os consórcios. A articulação de ações se dá por mero acerto proveniente de contratos privados, sem registro de acesso público, ou até mesmo verbais. E essa é a grande dificuldade que se encontra na atualidade a doutrina jurídica, mesmo a empresarialista, não se dedica com afincamento as questões dessa ordem de contratos privados que traduzem uma condução orquestrada dos agentes econômicos no mercado. Contudo, a complexidade e dinamismo das relações contemporâneas de mercado, impõe uma revisão na forma de tratar dessa matéria.

Para fins desses estudos se propõe duas questões basilares, duas premissas para que se possa defender a ideia da catividade marcária que se segue. A primeira premissa que se apresenta é a superação da ideia de que grupo econômico necessitaria de um acordo formal para sua caracterização. A aferição da existência ou não de contratos formais é importante na esfera fiscal e administrativa para verificação de responsabilidades pessoais na gestão. Ou seja, de fato as relações formais ganham relevo para se investigar a real autonomia administrativa que cada ente tem no grupo, quanto ao seu posicionamento nos contextos de controlados ou controladores.

Contudo, há uma série de ações coordenadas com a finalidade de ganho de mercado, que não implicam em uma gestão subordinada, mas em ações articuladas na apresentação e conquista do mercado, com o único objetivo de rateio dos ganhos provenientes. Ou seja, os empresários articulam-se em acordos que os beneficiam, mas não perdem suas autonomias de gestão. Inclusive, muitos desses acordos são transitórios e podem ser rescindidos ou não renovados quando lhe convinherem, na busca de algo mais vantajoso. Por exemplo, tomemos em questão um acordo de licenciamento de marcas. A empresa detentora da marca (licenciante) permite que outra (licenciada) coloque a marca “X” nos produtos. Ora, ao negociarem o compartilhamento da marca, produtos diversos ou, ao menos, de origem diversa se apresentam no mercado como comuns. Ao

12 Cf. o art. 229 da Lei das S/A.

consumidor é a marca que se oferta, portanto, na condução dessa articulação de mercado os contratantes do licenciamento formam um grupo econômico informal delimitado na oferta compartilhada de um produto grafado com o mesmo signo marcário.

A segunda premissa é a de que a caracterização de grupos informais pode ser um grande instrumento de proteção aos grupos vulneráveis via fenômeno da responsabilização civil. Como já afirmado a caracterização de grupos formais é importante nas searas tributárias, penal e outras, onde a materialidade da conduta ou origem dos comandos de gestão podem ser o cerne maior da questão. Contudo, nosso direito civil tem evoluído para a caracterização de uma responsabilidade objetiva da conduta empresarial danosa. Adiante se mostrará isso e se tentará evidenciar que a vinculações grupos econômicas informais é possível a luz do direito posto e útil a sombra dos princípios erguidos na sera de vulneráveis como os consumidores.

Esta pequena revisão das possibilidades de configuração dos grupos econômicos é importante para que se possa visualizar a proposta da catividade marcária que virá em seguida. Afinal, muita vezes, nas relações societárias descritas muito além de recursos meramente financeiros são compartilhados, outros ativos, também, são repartidos, entre eles, dar-se destaque, aqui, a marca.

4. DA CATIVIDADE MARCÁRIA

Para definição e entendimento do fenômeno da catividade marcária faz-se preciso compreender a realidade contemporânea da força das marcas. Pode-se denominar o contexto atual de nossa realidade como a era Times Square¹³, em homenagem ao local ou ponto turístico mais visitado no mundo.¹⁴

13 A famosa praça de Manhattan, Nova York que consiste numas das áreas mais valorizadas da cidade. Cf. BBC. **Times Square vira zona de pedestres**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/multimedia/2009/05/090525_timesquareebc.shtml>. Acesso: 05 de Abril 2013.

14 Estima-se que quase 40 milhões de turistas estiveram na Times Square em 2010. CF. APPLETON, Kate; RICO, Beattie; ADRIEN, Glover; LYNDSEY, Matthews; JOSUÉ, Pramís; SHIELDS, Ann. **Abraçar a sabedoria das multidões, adicionando atrações do mundo mais visitados turísticas à sua lista de balde**. Disponível em: <<http://www.travelandleisure.com/articles/worlds-most-visited-tourist-attractions/1>>. Acesso: 05 de Abril 2013.

Um importante questionamento acerca desse contexto já descrito até o momento é: Qual o motivo de milhões de pessoas, todos os anos, ficarem postadas na Times Square? A paisagem, que se observa nela, não é uma rara criação natural fruto de elementos únicos de um ecossistema, também não é um feito isolado humano como um grande monumento em homenagem a um grande feito, pessoa ou povo. Na Times Square, a grande atração consiste apenas nas marcas e suas publicidades. A paisagem mais visitada do mundo consiste em uma série de prédios com gigantescos telões e painéis luminosos que, de forma ininterrupta, vinte e quatro horas por dia, anunciam marcas, promoções por meio de publicidades comerciais.

Na *era Times Square*, todo lugar é mercado, o discurso é publicitário, o patrimônio mais valioso é intangível¹⁵, todos são consumidores, e o fim é o poder econômico. Só se tem significado o que se associa a um valor consumível, as pessoas pertencem às tribos sociais que ostentam seus totens (suas marcas) como senhas essenciais de inserção e permanência em seu seio coletivo. O indivíduo é o que consome, seja vestindo, bebendo, viajando etc. Nesse sentido, QUESSADA afirma que, “As marcas jogam, assim com a ameaça de invisibilidade [...] A pessoa se cobre de marcas para significar sua existência; ela se cobre de marcas para não desaparecer.” QUESSADA, (2003, p. 134).

A marca é uma linguagem de mercado e como tal se sujeita as características gerais da linguagem.

Um sistema linguístico é uma série de diferenças de sons combinadas com uma série de diferenças de idéias; mas essa confrontação de um certo número de signos acústicos com outras tantas divisões feitas na massa do pensamento engendra um sistema de valores; e é tal sistema que constitui o vínculo efetivo entre os elementos fônicos e psíquicos no interior de cada signo. Conquanto o significado e o significante sejam considerados, cada qual à parte, puramente diferenciais e negativos, sua combinação é um fato positivo; é mesmo a única espécie de fatos que a língua comporta, pois o próprio da instituição linguística é justamente manter o paralelismo entre duas ordens de diferenças [...] Na língua, como em todo sistema semiológico, o que distingue um signo é tudo o

15 A própria marca é contabilmente um ativo intangível.

que o constitui; a diferença é o que faz a característica, como faz o valor e a unidade. SAUSSURE (1995, p. 139, 140 e 141).

As marcas são símbolos dotados de conteúdo prévio que não se esgota na fonética ou grafia, porque é constituído de valores e sentimentos pretéritos apreendidos pelos consumidores por meio da publicidade e das experiências pessoais de consumo, muitas das quais motivadas pela tentativa de vivenciar aquelas sensações transmitidas pela propaganda. Essa relação é exaltada por SOLOMON, quando afirma que as “[...] pessoas quase sempre escolhem um produto porque gostam de sua imagem ou porque acreditam que sua ‘personalidade’, de alguma maneira, corresponde à delas.” SOLOMON (2011, p. 32). Essa “personalidade” do produto de que fala SOLOMON é percebida por meio da publicidade que exhibe os valores eleitos pelo produtor como elementos característicos do produto ou serviço atrelado à marca. No desejo de expandir seus mercados, os empresários delineiam novas relações jurídicas, contratuais ou não, como consequência das estratégias de conquista de novos espaços. Sendo o contrato um instrumento de formalização de uma ou mais relações negociais. GRAU ressalta o papel dos contratos na “[...] jurisdicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”. GRAU (2005, p. 15).

Logo, surgem contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado da pós-modernidade. Os contratos cativos consistem numa série de contratos ou relações contratuais que criam relações jurídicas complexas de longa duração envolvendo agentes econômicos de uma cadeia de fornecimento e impondo uma posição de dependência ou catividade dos consumidores. Isso se coaduna com o perfil atual de indução ao consumo de bens materiais ou não através de exposição à publicidade agressiva, além de outras estratégias de *marketing*, que expõem os consumidores a graves riscos na vida em sociedade e produzem grande insegurança quanto ao futuro, portanto são exemplos desses contratos cativos os bancários, fornecimento de água, luz e telefone, entre outros. MARQUES categoriza os contratos que denomina de “cativos”. Expõe que:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer

serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.” MARQUES, (2006, pp. 91-92).

Avulta de importância e atualidade a questão da conexidade contratual que, explicado por KONDER como mais do que uma pluralidade de contratos, significa a vinculação capaz de produzir efeitos especiais, no âmbito jurídico e não apenas econômico, aos contratos por ele interligados (2006, p. 96). Há ainda a idéia citada por LORENZETTI (1999, p. 41), sobre redes contratuais, que destaca a complexidade das múltiplas relações envolvidas destacando o seu caráter sistêmico, de forma que o efeito em um dos elementos reflete nos demais. MARQUES trata a catividade como o fenômeno de indução ao consumo de bens, da publicidade massiva e métodos de marketing agressivos, tudo isso, gerando “graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao futuro.” MARQUES (2006, p. 92). Finalmente, a realidade de compartilhamento marcário por sua força atrativa alinha-se ao pensamento exposto acerca dos contratos cativos, pois as marcas se fortalecem por meio de método de massificação publicitária, aprisionando os consumidores pela apreensão de seus desejos e necessidades numa cadeia de fornecedores.

A *catividade marcária* é fundamentada no fato de que as escolhas e preferências dos consumidores se pautam na marca, pois nela se deposita o conceito ou renome como variante de decisão de aquisição. Variante qualitativa seja pelo atributo de procedência, de antiguidade no mercado, ou mesmo, associativa, que remete às experiências pretéritas de consumo e de satisfação de necessidades similares anteriormente manifestadas. A *catividade marcária*, sob a perspectiva socioeconômica, é a faculdade das marcas de atrair consumidores e adquirentes em geral, pela sedução do discurso publicitário criador de valores e necessidades que se desenvolvem na aprisionadora rede de ofertas a que todos consumidores estão sujeitos pela sua própria experiência de consumo.

A marca tornou-se o elemento central da escolha do consumidor, contudo ao se deparar com um acidente de consumo ou mesmo dano, nem sempre a indicação de procedência da marca é suficiente para a devida reparação ou compensação ao lesado. Muitas vezes, inclusive, a marca, como bem móvel negociável que é,

passa a ser compartilhada por outros empresários que se beneficiam todos com a propagação coletiva do símbolo marcário que fortalece a sua catividade em relação ao mercado de consumo. Alguns compartilhamentos marcários surgem, justamente, das relações de grupos econômicos vistas acima, porém, identifica-se várias hipóteses contratuais em que a marca é repassada ao uso ou benefício de outrem.

Afinal, o sistema econômico mundial é conflituoso com cada partícipe busca seu melhor posicionamento. Nas palavras de WALLERSTEIN, “Um sistema-mundo é um sistema social, que tem limites, estruturas, grupos de membros, regras de legitimação e coerência. A sua vida é formada por forças em conflito que o mantém unido pela tensão e o separa na forma como cada grupo procura, eternamente, para remodelá-lo a seu favor.” WALLERSTEIN (1976, p. 229-233). Nessas relações plurais e complexas de disputa e acirramento entre os agentes econômicos, a marca serve como uma espécie de uniforme identificador das equipes partícipes do jogo concorrencial. Entretanto, há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito econômico e do desenvolvimento. Para isso é necessário um aprofundamento do tema, é o que se fará no tópico seguinte.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO NA CATIVIDADE MARCÁRIA

Devido à sua importância para a estabilidade das relações comerciais e fixação das empresas no mercado com o domínio de sua clientela, desenvolveu-se uma preocupação quanto à proteção concorrencial do direito marcário. A marca era uma arma vital na batalha contra a concorrência. Nesse aspecto, protegeu-se a marca como patrimônio empresarial, mas os efeitos dessa tutela interessa tão somente ao seu titular ou proprietário, aquele detentor dos direitos decorrentes do registro marcário.

A sociedade identifica os grupos ou blocos empresariais pelas marcas que são seus estandartes nos desfiles mercadológicos. Porém, há uma carência de estudos mais aprofundados acerca dos efeitos jurídicos do compartilhamento de marca. O triunfo de uma marca perante as suas concorrentes e a credibilidade que ela ostenta são ativos inquestionáveis, embora de difícil mensuração na solidez de um

empreendimento empresarial. A marca passa a ostentar um valor em si, passando a ser objeto das mais diversas relações empresariais, logo sua ampla negociabilidade traz uma aparente autonomia que seria capaz de isentar das consequências do seu uso alguns agentes negociais partícipes das cadeias de fornecimento.

Nos limites das relações entre aqueles que possuem a titularidade da marca ou o simples uso dela por meio de licenciamento e os que obtêm vantagens indiretas referenciais, bem como na sua capacidade de integrar diversos negócios jurídicos empresariais lícitos ou ser objeto de atos ilícitos, situa-se a zona grise sobre o tema da responsabilidade pelos atos daí consequentes. Essa delimitação se coloca como essencial não apenas para a instrumentalidade regulatória, contudo também como fator de realização da verdadeira justiça social consumerista, pois afeta toda a massa de consumidores sujeita às ofertas de mercado. O consumo é essencial para o sistema econômico, pois é a sua alimentação e razão de existir. Por isso, “[...] o reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos fundamentais confere nova direção ao desenvolvimento da atividade econômica”. BOTREL (2009, p. 55).

O interesse social deve permitir aos consumidores bombardeados por ofertas que disponham de instrumentos assecuratórios da veracidade de informações, saúde, segurança, respeito aos pactos contratuais e relativizações das cláusulas impostas. É, de certa forma, a economicidade como princípio do Direito Econômico de que fala CAMARGO e de sua regra do interesse social. CAMARGO (2001, pp. 101-102). O estudo da responsabilização civil no fenômeno marcário como instrumento regulatório empresarial avulta de importância nas relações massificadas em que a vulnerabilidade do consumidor é acentuada, especialmente face à intensa atração exercida pelas marcas.

[...] o mito da *soberania do consumidor* é um reflexo do mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade – nomeadamente a vida econômica – a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer. NUNES (2003, p. 57).

Como assevera BARROSO (2010, p. 129), o direito não mais se contenta com a visão patrimonialista que renega a contextualização abrangente das relações,

pois a dignidade da pessoa humana como espectro axiológico do sistema e base central da ordem jurídica internacional tem como corolário o princípio da solidariedade social, extraído do art. 3º, I da CF, com o Direito promovendo a intensa cooperação entre os indivíduos na realização dos fins da sociedade contemporânea, como afirmado por HIRONAKA (2002, pp. 116-117). O próprio Direito Civil ganha contornos existenciais, numa visão mais solidária, visto que alguém usufruiu das vantagens e não arcou com os ônus da exploração de determinada atividade ou relação, principalmente quando trata com vulneráveis. MARQUES e MIRAGEM entendem que “O direito privado não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição.” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15).

Costuma-se aduzir que a responsabilidade extracontratual decorre do dever geral de não lesar outrem, enquanto que a responsabilidade contratual tem como pressuposto a existência de uma relação negocial anterior que una os sujeitos. Atualmente, esse conceito é estendido, entendendo-se, majoritariamente, que a responsabilidade contratual abarca os danos pré-contratuais e pós-contratuais, como afirma DALLEGRAVE NETO (2008, p. 15). Segundo KONDE (2006, p. 69), a questão se mostra ainda mais conturbada em tempos de interligação acentuada entre contratos, de mitigação do princípio da relatividade contratual e do instituto da oponibilidade dos efeitos contratuais, tudo à luz da funcionalização dos contratos, quando conceitos como partes e terceiros precisam ser revisitados.

Já para MARTINS-COSTA, se a função social atua enquanto fundamento do contrato e no modo de seu exercício também deve ela incidir nos efeitos daí advindos, o que abrange a responsabilização. MARTINS-COSTA (2004, p. 191). Esses conceitos crescem de importância na questão da catividade marcária, onde todos os componentes da cadeia contratual obtêm vantagens diretas e indiretas com a marca aposta - ainda que não tenham sido partes de contrato que tem a marca como objeto imediato - e com a atração que ela exerce perante o público-alvo, sejam consumidores ou outros empresários, logo há a necessidade de ponderações de ordem econômica e empresariais para melhor compreender a questão.

CALIXTO FILHO defende que “[...] muito mais do que instrumento para o desenvolvimento a idéia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento”. CALIXTO FILHO (2002, p. 39). Dessa forma a noção de repartição de riscos é ínsita a de exploração conjunta de determinado empreendimento, porque permite essa redistribuição e o verdadeiro desenvolvimento o que pode ser visto como processo de expansão. Como afirma SEN, “[...] um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” SEN (2000, p. 52).

Como afirma BITTAR (2002, p. 117), a complexidade inerente às relações econômicas também é sentida na impossibilidade de ter-se uma legislação cuja amplitude semântica seja capaz de abarcar todos os comportamentos econômicos possíveis, mormente em tempos de globalização e de atipicidade das diversas formas de estabelecimento de relações contratuais. No direito as mudanças não configuram necessariamente rupturas, é o que afirma FEITOSA (2007, p. 569), as transformações experimentadas pelo contrato, ao longo dos tempos, não foram rupturas com a tradição anterior. No entanto, a dificuldade de exaustão legislativa não significa a impossibilidade de identificação de diretrizes que sejam capazes de reequilibrar relações disformes, de modo a efetivar a tutela de direitos lesados ou exercidos de modo abusivo.

Assim, a responsabilidade civil existe enquanto há poder para manter a propriedade, já que ela é o fim maior da responsabilidade civil ao determinar o dever de recomposição patrimonial do agente causador do dano em favor do lesado. A questão que se debate, nessa oportunidade, qual poder maior, qual a propriedade deve ser privilegiada, a do consumidor mais vulnerável, ou a do fornecedor que se beneficia das marcas que compartilha.

Pode-se, certamente, utilizar-se, nesse sentido, da responsabilidade civil para a propagação da justiça social e do reequilíbrio da relação consumerista, promovendo um desenvolvimento socioeconômico obrigacionalmente sustentável para os consumidores com base na catividade marcária, portanto um novo poder em favor do consumidor vulnerável.

Tudo isto foi possível em decorrência de inovação importantíssima que trouxe o art. 927 do Código Civil de 2002 que segundo VASCONCELOS, mandando aplicar a responsabilidade objetiva *“quando a atividade normalmente*

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. VASCONCELOS (2003, p. 162). Claro que tal dispositivo deverá receber a interpretação mais cuidadosa de juízes e tribunais, tendo em vista que esse alargamento do conceito de responsabilidade irá redefinir os rumos da responsabilidade civil entre nós. O Novo Estatuto aumentou as possibilidades de reparação sem necessidade de prova da culpa. Assim é que o art. 928 define a responsabilidade do incapaz, aventando a possibilidade de seu patrimônio responder pelos danos por ele causados, ainda que de forma mitigada.

6. DA CATIVIDADE MARCÁRIA NA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO

A escolha do tratamento dos serviços se deve a sua ampla expansão na vida contemporânea. Os serviços passaram espelhar as necessidades de otimização do tempo, principalmente, no cotidiano urbano onde as pessoas, cada vez mais, necessitam de uma dedicação exclusiva as suas carreiras profissionais. Tarefas antes realizadas no perímetro doméstico, são agora objeto de contratação de serviços. Ademais, as novas tecnologias criaram toda uma nova gama de necessidades e com elas novos serviços. Na lição de MARQUES:

As relações contratuais envolvendo serviços possuem indiscutível importância atual e no futuro. O mercado brasileiro de serviços é um dos mais pungentes e importantes, envolvendo milhões de consumidores. Estes novos serviços complexos, estas relações contratuais, denominem-se ou não de pós-modernas, multiplicam-se no mercado brasileiro, preocupando juristas e consumidores e chegando aos tribunais. MARQUES (2006, p. 92).

Na mesma medida em que cresce a demanda por serviço os problemas relacionados à sua prestação também aumentam. Conseqüentemente, ganha importância a questão da execução precisa dos serviços e o respeito ao que foi contratado pelo consumidor, bem como, sua eventual reparação na hipótese de dano. Não por outra razão, de início o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro repartiu a responsabilidade civil consumerista em duas vertentes: a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício, ambas subdivididas em relação ao tipo de bem, seja produto ou serviço.

Para VASCONCELOS, o art. 14 do CDC sempre mereceu e ainda merecerá, com toda certeza, análises profundas e interpretações várias. Adotando como linha mestra a responsabilidade objetiva para o fornecedor, a lei, como foi frisado, excepcionou apenas os profissionais liberais, objeto do presente estudo. VASCONCELOS (2009, p. 128). Duas expressões contidas no mencionado art. 14 merecem estudo e reflexão: *serviço defeituoso e informações insuficientes ou inadequadas*.

Quanto à segunda, prima o Código pela necessidade de informações corretas e pertinentes, que devem ser prestadas ao cliente/consumidor por aquele que assume a obrigação de prestar um serviço. Não pode haver dúvidas, lacunas, omissões. Já com relação ao serviço defeituoso, está o mesmo definido no § 1º do artigo invocado: *“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido”*.

A responsabilidade por fato é o liame de responsabilização fundado por defeito do produto ou serviço. Sendo defeito uma anomalia no produto ou serviço que gere um “acidente de consumo” (efeitos extrínsecos ao produto), ou seja, de tal forma que exponha de algum modo o consumidor a risco à saúde, e/ou segurança. Por isso, é comum a lição de que na responsabilidade por fato de produto ou serviço surge um problema na relação de consumo que extrapola os limites do produto, afetando, ao menos potencialmente, a integridade do consumidor. Desse modo, trata-se de espécie de responsabilidade típica de danos morais. Nesse sentido, LISBOA assevera que “Tratando-se de responsabilidade por acidente de consumo, conhecida como responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o consumidor é vítima de danos morais”. (LISBOA, 2012, p. 397).

Já a responsabilidade por vício do produto ou do serviço é o liame de responsabilização fundado em imperfeição intrínseca ao objeto da relação de consumo. Ou seja, a anomalia que o vício representa ao produto ou serviço se limita a desvalorização ou inutilidade do mesmo, sem expor a integridade física ou psíquica do consumidor a qualquer risco. Assim, trata-se de espécie de responsabilidade típica de danos patrimoniais. Lisboa leciona que “Verificandose tão somente danos patrimoniais, dar-se-á a responsabilidade pelo vício do produto e serviço, e todos os fornecedores da cadeia econômica de consumo,

tanto os diretos como os indiretos, responderão solidariamente perante o consumidor.” LISBOA (2012, p. 398). Nesse estudo, limita-se a uma abordagem da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

A responsabilidade pelo fato do serviço impõe ao “fornecedor de serviços” a responsabilidade objetiva, ou seja, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. E constata que o serviço será defeituoso “quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”.¹⁶ O problema inicial está na opção do legislador em singularizar o sujeito do tipo legal, a lei se refere ao “fornecedor de serviços”. Portanto, em tese, não estaria abarcada a particularidade de uma cadeia de fornecimento, mas apenas o fornecedor imediato.

Na responsabilidade por fato de produto a opção foi noutra sentido, pois se descreve a cadeia de fornecimento. Ocorre que é um equívoco pressupor que não há cadeia de fornecimento na prestação de serviços. “A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores”. MARQUES (2006, p. 402).

Em verdade, a identificação das etapas de cada partícipe na cadeia de fornecimento de serviços é menos perceptível que na de produtos, onde se pode ver um fabricante, um distribuidor, um atacadista, um varejista, etc. Percebe-se que esta diferenciação é perceptível, contudo inadequada. Contudo, isso não implica inexistência de pluralidade de fornecedores na cadeia de serviço. Pelo contrário, deve-se entender que a não fragmentação dos partícipes na redação do dispositivo do art. 14 do CDC propicia a generalização da responsabilidade da cadeia de fornecimento. Nesse sentido, BENJAMIN:

Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista), e do outro o fabricante, o produtor, o

¹⁶ Cf. Art. 14 e §1º do CDC. BRASIL (1990)

construtor e o importador. Fala-se apenas em ‘fornecedor’, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição. Tal ocorre porque, via de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros. Neste caso todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado. BENJAMIN (1991, p.78)

Objetivamente, nesse caso, a marca pode ser um elemento central e essencial de identificação. Na franquia, por exemplo, onde o processo de fornecimento de um serviço passa pelo know-how e marca ofertadas diretamente por um empresário (franqueado), mas pertencente a outro (franqueador). Ora, o franqueador tem uma participação direta no processo de execução do serviço e, conseqüentemente, em seus defeitos, ou, ao menos, na má eleição do franqueado que autorizou ofertar o serviço.

Mas que não se limite a possibilidade de catividade marcária aos contratos que envolvam licenciamento de marcas. Por vezes, as complexas relações contratuais contemporâneas geram uma associação estratégica entre fornecedores de serviços complementares. Nessas associações, cada fornecedor tem seu segmento próprio e plena autonomia de gestão, mas se unem para oferta de serviços complementares à sua clientela, intentando sua fidelização ou aprisionamento (catividade). Pode-se exemplificar com a associação entre bancos e as administradoras de cartão de crédito. Nessas associações, criam-se estruturas híbridas entre os fornecedores que ofertam vantagens de cocontratação aos seus clientes e repartem os dividendos em acordos privados e não publicizados.-

Em qualquer das hipóteses, havendo um acidente de consumo com o serviço prestado, cabe ao consumidor plena reparação. Se por qualquer razão, o consumidor encontra obstáculo em obter a indenização poderá fazer uso, se não da solidariedade da cadeia de fornecimento do serviço, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica da teoria menor prevista na legislação consumerista.¹⁷

17 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) - Art. 28 (...) § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

No Direito argentino a opção pela marca como vetor de responsabilidade foi cristalina. Assim, portanto, a solidariedade da cadeia de fornecimento, seja de produto ou de serviço, decorre entre outras hipóteses do compartilhamento marcário. Tem-se na Ley 24240 (Normas de Protección y Defensa de los Consumidores) a expressa previsão de que responderá por danos quem coloca sua marca em produto ou serviço.¹⁸ Contudo, os exemplos de uso da catividade extrapolam as relações onde o acordo entre os agentes econômicos de compartilhamento seja expresse. A catividade marcária pode ser usado em exemplos de pactos tácitos ou de compartilhamento fático sem pacto. A guisa de exemplo, imagine-se a contratação no exterior de um serviço prestado por empresa estrangeira, durante uma viagem internacional ou uma compra pela internet. Ao chegar no domicílio do brasileiro, o consumidor observa um defeito no serviço prestado e constata que foi lesado.

A escolha do serviço se deveu a renomada marca de serviço, porém a marca no Brasil é explorada por pessoa jurídica distinta com quadro societário diverso e não se responsabiliza pelo serviço adquirido no exterior. O caso em exame demonstra a dificuldade prática de responsabilizar o contratante direto, bem como de caracterizar uma relação de grupo econômico entre o fornecedor estrangeiro e o nacional que se utiliza da mesma marca no Brasil.

Algumas vezes, pode-se ter uma relação direta societária, o que se permitiria uma desconsideração da personalidade jurídica ordinária ou inversa, contudo, em outras vezes, não há nada além de um mero contrato de licenciamento marcário ou simples compartilhamento de marcas fático. Contudo, reforçar-se quando a marca representa o atrativo e decisivo fator de decisão que levou o consumidor a escolher o serviço, a catividade marcária está configurada.

Em semelhante caso concreto ao exemplo formulado, porém se tratando de responsabilidade por fato do produto, o STJ decidiu a possibilidade de

18 Ley 24240 - Artículo 40. Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (Modificado por ley 24.999). ARGENTINA (1993).

responsabilização do fornecedor pela força da marca e da publicidade no mercado global. Há na ementa a menção expressa à “respeitabilidade da marca” e a necessidade de um equilíbrio distributivo entre o ônus das “deficiências dos produtos” e o bônus do beneficiamento “de marcas mundialmente conhecidas” (Resp 63.981 SP¹⁹). A catividade marcária poderia ser fundamento objetivo e mais eficiente para o vínculo de responsabilização. Em outro precedente pautado na marca, a primeira turma recursal cível do TJRS reconheceu o vínculo por meio da marca entre fabricante estrangeira e importadora nacional²⁰.

Percebe-se o reconhecimento jurisprudencial de que nosso ordenamento jurídico deve ser hábil a dar respostas aos problemas advindos da ordem globalizada. A elasticidade de conceitos, de forma a permitir a efetiva proteção do consumidor, esse um partícipe vulnerável que não está adstrito a delimitações territoriais estanques, mas exposto a um contexto concorrencial da globalização que ultrapassa as fronteiras nacionais. A universalidade das trocas de bens se apóia nas informações, também, globais, o que gera a internacionalização da publicidade empresarial e de suas marcas, assim há que se considerar que as marcas mundialmente difundidas e que repercutem nas relações jurídicas travadas em cada mercado consumidor nacional conquistado ou em disputa.

Contudo esse fenômeno de aprisionamento das preferências dos consumidores não ocorre apenas na seara internacional global, porque ele se reproduz, nacionalmente e, até, regionalmente, sendo isso perceptível ao adquirir um veículo em uma concessionária de uma grande rede automotiva cuja marca lhe atraia pela antiguidade no mercado, o carro apresente problemas graves, após os serviços de reparo em uma colisão. Ao procurar a concessionária, o consumidor se depara com o seu fechamento por falência e, sendo seu crédito quirografário

19 BRASIL. REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296.

20 “É legítima passivamente a importadora exclusiva de produto estrangeiro, uma vez é parte integrante de negócio globalizado, com extensão mundial, prevalecendo-se da confiança depositada na marca para efetuar seus negócios. Se a empresa nacional beneficia-se da marca do produto defeituoso, deve também honrar com a sua garantia legal” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71001234657 da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 24 maio 2007.

pouco privilegiado, há possibilidades consideráveis de não ser ressarcido. Porém, uma nova concessionária da marca da rede automotiva acaba de ser instalada na cidade em outro local, com grupo totalmente distintos de sócios investidores. Haveria sucessão de responsabilidade?

Pelo estabelecimento empresarial a resposta é negativa, pois a nova concessionária instala-se em local diverso, dessa forma pela composição societária distinta a teoria da desconsideração também seria ineficiente, entretanto a marca do carro foi o elemento central da escolha do consumidor.

Infere-se disso que a nova concessionária certamente se beneficiará dos casos de sucesso da antiga e do renome construído pela marca, mas por que não compartilha os deveres oriundos dos casos de insucesso? A catividade marcária poderia ser o fundamento de responsabilidade entre as concessionárias, como também entre essas e a concedente automotiva, pois todos compartilham a marca, são co-utentes dela em suas atividades. Portanto, a internacionalidade não pode ser posta como fragmento essencial para a composição da catividade marcária.

Precisa-se, assim, desenvolver-se uma teoria que possa dar uma resposta efetiva aos problemas tanto do comércio global quanto do nacional, com vistas à proteção ao consumidor pelos danos sofridos por produtos ou serviços defeituosos. Nesse percurso, exige-se uma abrangência semântica como forma de responder as necessidades de uma nova realidade mais complexa. Por isso, faz-se preciso uma reflexão maior acerca de conceitos como o de “cadeia produtiva”, ou mesmo de “grupos econômicos de fato”. Nesse sentido, a teoria aqui exposta da catividade marcária está apta a fundamentar novas configurações de grupos econômicos fáticos pelo compartilhamento de marcas, sejam elas estrangeiras ou nacionais.

7. CONCLUSÕES

Observou-se que a marca exerce influência fundamental perante os consumidores, que encontram nela a maior referência para as suas escolhas mercadológicas. A marca é farol de orientação, no oceano de consumo, indicando onde os consumidores navegantes são desejados, convidando-os para atracar. A propriedade das marcas gera um bônus concorrencial, mas deve ter uma contrapartida que represente uma adequada função social. Para além dos argu-

mentos clássicos de instrumento que serve de fomento ao desenvolvimento econômico, a função social marcária pode construir sólido pavimento no processo de responsabilização empresarial. Estar-se-ia, tão somente, socializando-se a marca por meio de assunção de riscos empresariais entre aqueles que patrocinam e fruem de seu compartilhamento.

Nesse norte foi apresentada a teoria da catividade marcária como novo fundamento para a responsabilização empresarial por compartilhamento marcário nas relações de consumo e, mais precisamente, no fenômeno da responsabilidade por fato do serviço. Conclui-se que conceitos tradicionais de responsabilização podem ser adaptados para atender a nova realidade de cadeias de fornecimento complexas em prol do consumidor com fundamento em sua vulnerabilidade.

Para novas realidades, novas ações são necessárias. Os grupos empresariais se aliam em complexas redes de contratos orquestrando-se interesses comuns. O mercado consumidor, no entanto, não consegue visualizar a forma organizacional dos grupos econômicos formais e informais com clareza, seja por desconhecimento das formalidades legais, seja pelas dificuldades burocráticas de acesso aos documentos necessários a tal intento, ou ainda, por simples existência de pactos tácitos.

Nesse contexto, a marca pode constituir esse elemento de identificação ou associação entre empresários de forma objetiva e de fácil identificação, portanto há nítida potencialidade de consolidação de uma nova concepção de uma organização empresarial não formal ou grupo econômico de fato pelo fenômeno de compartilhamento das marcas.

O estabelecimento de uma fundamentação jurídica para promover o desenvolvimento socioeconômico do mercado consumerista ao redistribuir os ônus empresariais entre os propagadores das mesmas marcas responde à justiça distributiva, já que esses mesmos sujeitos repartem os benefícios da marca comum. Ao promover uma redistribuição dos ônus empresariais entre os membros da cadeia de fornecimento, a catividade marcária contribui para a efetiva tutela reparatória do consumidor.

Para a comunidade jurídica, o tema avulta de importância e atualidade, visto que se afina com os entendimentos vanguardistas acerca da redefinição da

regulação econômica em busca do desenvolvimento humano e sua sintonia com as novas relações engendradas na sociedade globalizante, de forma a evitar que as injustiças sociais sejam aprofundadas, constituindo-se o Direito num instrumento de pacificação social e equilíbrio das relações.

Nosso sistema normativo não pode fugir das interferências operadas pela ordem globalizada impondo-se a elasticidade de conceitos de forma a permitir a efetiva proteção do consumidor que não está adstrito a delimitações territoriais estanques, mas exposto a um contexto concorrencial da globalização que desconhece fronteiras.

Respaldoando-se em uma argumentação com base na catividade marcária e em posicionamentos jurisprudenciais que valorizam a marca intentou-se demonstrar que o campo de aplicabilidade da catividade marcária é amplo e merece ser mais investigado. Na proposta do primeiro trabalho se demonstrou que a catividade possui ampla possibilidade de aplicação na hipótese da responsabilidade por fato do serviço.

Para realçar a fundamentação com base na catividade marcária se propõe duas premissas quanto aos grupos econômicos. A primeira: a superação da ideia de que grupo econômico necessitaria de um acordo formal para seu reconhecimento. A segunda: a caracterização de grupos informais pode ser um grande instrumento de proteção aos grupos vulneráveis via fenômeno da responsabilização civil. Justamente, nessa caracterização o compartilhamento de marcas em suas diversas hipóteses serve nessa caracterização de grupos econômicos informais. Trabalhou-se como exemplos ilustrativos dessa compatibilidade a franquia, a associação de marcas de segmentos complementares (bancos e administradoras de cartões de crédito) e pactos tácitos ou de compartilhamento fático sem pacto (contratação de serviço de marca renomada no exterior). Em todas as hipóteses, a dificuldade de recomposição de um dano por fato do serviço, que consiste em acidente de consumo, pode se auxiliar na catividade marcária para responsabilização dos co-utentes da marca. Afinal, a vulnerabilidade do consumidor aliada a função social da propriedade recomenda que o elo mais fraco da relação consumerista seja protegido.

Por último, a redefinição do conceito da responsabilidade atende a tutela dos direitos e aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade mais justa e solidária, embora não refratária da manutenção do sistema econômico e

concorrencial com base na propriedade privada mais com efetiva função social. Sabe-se que a abordagem aqui realizada é tema ainda recente e que merece aprofundamentos em outras oportunidades.

8. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATEY, Mark. **O significado da marca: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores**. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.
- BAUMAN, Zigmunt. **Capitalismo parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Arts. 12 a 27. *In*: OLIVEIRA, Juarez de. (Coord.). **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- NETO, José Affonso Dallegrave. **Responsabilidade civil no direito no trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HIRONAKA, *Giselda* Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: USP, 2002.
- KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KOTLER, Philip. **Administração de marketing**. Trad. Mônica Rosenberg, Brasil Ramos Fernandes, Cláudia Freire. 12 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Manual de Direito Civil**. v. 2. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo 1. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rt, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Notas sobre o princípio da função social do contrato**. Revista literária de Direito, n. 37. São Paulo: Jurídica Brasileira, ago/set 2004.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- QUESSADA, Dominique. **O poder da publicidade na sociedade consumida pelas marcas: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões**. Tradução de Joana A. D. Melo. São Paulo: Futura, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord) **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

- SANTOS, Boaventura de Souza. (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOARES, José Tinoco. **Marca vs nome comercial: conflitos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. Trad. Luiz Carlos de Queiroz Faria. 9 ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- VASCONCELOS, Fernando A. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba, Editora Juruá, 2003.
- _____. **Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo**. 2.^a Ed. Curitiba, Editora Juruá, 2009.
- WALLERSTEIN, Immanuel. **The Modern World-System**. New York: Academic Press, 1976.

CHEQUE-MATE: ANÁLISE ECONÔMICA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Cássio Cavalli¹

Resumo

Apesar da reconhecida importância da instituição jurídica dos títulos de crédito para a economia capitalista, ainda não foi empreendido esforço de descrevê-los a partir do instrumental econômico. Este trabalho empreende este esforço a partir das pressuposições metodológicas da Nova Economia Institucional, descrevendo as normas jurídicas dos títulos de crédito a partir da perspectiva dos custos de transação. A tarefa interdisciplinar é facilitada pela utilização dos pressupostos do Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli. A análise da eficiência dos títulos de crédito para o mercado de negociação de créditos é realizada por meio de comparação com o instituto da cessão civil. A hipótese central deste trabalho é que o direito dos títulos de crédito obtém delimitar mais precisamente o direito que será transacionado, reduzindo custos de transação e assimetria de informações. Por conseguinte, o direito dos títulos de crédito facilita a formação de um mercado de negociação de créditos.

Palavras-chave

Títulos de crédito; Direito e economia, Funcionalismo jurídico; Nova economia institucional.

Abstract

Despite the recognized importance of the legal institution of negotiable instruments to a capitalist economy, has not yet been undertaken efforts to describe them from the economic perspective. This paper undertakes this effort from the methodological presuppositions of the New Institutional Economics, describing the legal standards of the negotiable instruments from the perspective

¹ Professor da FGV Direito Rio. Doutor (UFRGS) e Mestre (PUCRS) em Direito. E-mail: cassio.cavalli@fgv.br

of transaction costs. The interdisciplinary task is facilitated by the use of the premises of the Tullio Ascarelli Legal Functionalism. The analysis of the efficiency of the negotiable instruments market for trading of credits is performed by comparison with the institute of civil assignment. The central hypothesis is that the negotiable instruments law delimits more precisely the right to be transacted, reducing transaction costs and asymmetric information. Therefore, the law of negotiable instruments facilitates the formation of a trading market for credits.

Key words

Negotiable instruments; Law and economics; Legal functionalism; New institutional economics.

1. INTRODUÇÃO

Os títulos de crédito são apontados como uma das mais importantes instituições do capitalismo. Sem os títulos de crédito, a economia capitalista tal qual a conhecemos seria irreconhecível.² O direito dos títulos de crédito, assim, é apresentado como sendo aquele que ofereceu maior contribuição ao sistema econômico capitalista (ASCARELLI, 1945, p. 97; 1947, p. 140; 1943, p. 3 e 464).

Os títulos de crédito facilitam a realização de trocas, desempenhando uma função semelhante à desempenhada pelo dinheiro (WEINBERG, 1982, p. 570). Neste sentido, fala-se que os títulos de crédito são *papéis valores* que servem para circular. Daí porque falar-se em *circulabilidade* nos sistemas da *civil law* e em *negotiability*³ nos sistemas da *common law*. É nesse mesmo sentido que também utiliza-se a expressão *títulos circulatórios*⁴ para referir-se aos títulos de crédito. Com efeito, por servirem à circulação de créditos, os títulos de créditos contribuem para a formação de um *mercado de negociação de créditos*.

2 Sobre o tema, enfatizando que “[a] vida econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito; as relações comerciais tomariam necessariamente outro aspecto”, ver (ASCARELLI, 1943, p. 3). No mesmo sentido, afirmando que “sem eles a vida moderna seria impossível ou irreconhecível”, ver (JENKS, 1893, p. 70, tradução nossa).

3 Sobre a terminologia empregada por juristas da *common law*, ver (WEINBERG, 1982, p. 568 e ss.) e (JENKS, 1893, p. 76 e ss.).

4 Assim, adotando a expressão, inclusive para dar título a livro, ver (GUALTIERI e WINIZKY, 1974).

O mercado de negociação de créditos provê às empresas os recursos necessários ao desenvolvimento de suas atividades. Assim, o crédito constituiria como que o “sangue para o organismo animal”, indispensável ao fluxo de “sístole e diástole” do financiamento da atividade econômica pela mobilização de créditos.⁵

Apesar da grande importância dos títulos de crédito para o mercado de negociação de créditos, até o presente momento não foi empreendido esforço para descrever as instituições jurídicas de direito cambiário a partir de uma racionalidade econômica.⁶ Tendo em vista que a literatura jurídica comumente põe em relevo a importância dos títulos de crédito para a economia, pode-se afirmar que “esta falta geral de análise econômica é impressionante.” (SOMMER, 2008, p. 751, tradução nossa).⁷ Em uma palavra, o esforço empreendido para descrever o direito dos títulos de crédito a partir da análise econômica do direito é inversamente proporcional à importância econômica que se atribui ao instituto. Na literatura jurídica, o esforço empreendido limita-se a ressaltar a relação existente entre a estrutura jurídica e a função econômica de mobilizar créditos, sem explicar-se detalhadamente *como*, do ponto de vista *econômico*, a instituição jurídica conduz a uma maior eficiência econômica.

Nisto consiste o objeto do presente artigo: a descrição do instituto dos títulos de crédito a partir da perspectiva da análise econômica do direito. O problema geral de pesquisa aqui enfrentado é: por que razão e de que modo o instituto do direito cambiário contribui para a formação de um mercado de negociação de créditos?

A análise econômica aqui empreendida se ocupa de uma *análise institucional comparativa* entre o instituto jurídico da cessão de créditos e o instituto jurídico dos

5 É frequente, aliás, o recurso doutrinário à metáfora da circulação sanguínea para explicar a importância econômica da circulação do crédito, conforme pode ver-se em (COMPARATO e SALOMÃO FILHO, 2005, p. 129; GUALTIERI e WINIZKY, 1974, p. 16; PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 54).

6 O único estudo que encontramos dedicado à análise econômica dos títulos de crédito a partir da perspectiva da alocação de riscos foi (WEINBERG, 1982).

7 Sommer (2008, p. 751 e ss.) observa que a ausência de análise econômica do sistema de pagamentos, onde se situa a disciplina dos títulos de crédito, é devida ao fato de que o núcleo central do sistema de pagamentos pouco tem a ver com a ciência econômica. Em consonância com a hipótese aqui enfrentada, preferimos sustentar que o núcleo central da disciplina dos títulos de crédito é fortemente relacionado à economia, embora ainda estejam por ser desenvolvidos os expedientes teóricos que ponham em relevo a relação entre ambos os sistemas.

títulos de crédito para verificar qual instituição jurídica desempenha de modo mais eficiente funções econômicas. Neste sentido, adota a perspectiva metodológica propugnada pela Nova Economia Institucional,⁸ por conta do fato de que busca evidenciar as recíprocas relações entre direito e economia, ao mesmo tempo em que conta com um instrumental teórico capaz de operacionalizar a análise; e pela perspectiva metodológica adotada pelo Funcionalismo Jurídico,⁹ que se ocupa de interpretar os institutos jurídicos a partir da sua instrumentalidade em relação a funções econômicas, pondo ênfase nas relações entre direito e economia. O Funcionalismo Jurídico postula que a eficiência só pode ser afirmada em termos comparativos, cotejando-se a instituição do direito cambiário com outras instituições jurídicas que desempenhem a mesma função (ASCARELLI, 1943, p. 3). Ademais, as distintas manifestações dos mecanismos jurídicos de mobilização de créditos ao longo do tempo aponta para o fato de que a comparação também deva ocorrer do ponto de vista histórico, levando-se em consideração os distintos contextos econômicos e tecnológicos nos quais se desenvolveram e se afirmaram distintos institutos jurídicos para desempenhar uma mesma função econômica (ASCARELLI, 1959). Com efeito, reconhece-se que meios alternativos de se mobilizar créditos podem conduzir a resultados distintos (ISAACS, 1923, p. 199). Desse modo, o objetivo do presente artigo consiste em descrever, comparativamente, as duas principais instituições jurídicas que desempenham a função econômica de mobilizar créditos a partir da teoria dos custos de transação. O presente artigo apresenta como problema específico de pesquisa o seguinte: por que razão e de que modo o direito cambiário é mecanismo de mobilização de créditos mais eficiente do que a cessão civil de créditos? Como hipótese específica para enfrentar o problema específico, recorrer-se-á à noção afirmada por Akerlof (1970), de que quanto maior for a assimetria de informações acerca de um bem a ser transacionado, maiores serão as dificuldades de desenvolvimento de um mercado

8 Para aprofundamento das pressuposições teóricas adotadas pela Nova Economia Institucional, remete-se a (WILLIAMSON, 1981, p. 549; 1973, p. 316; 1979, p. 234).

9 É no Funcionalismo Jurídico de Tullio Ascarelli que se encontra a teoria jurídica mais adequada para viabilizar o diálogo interdisciplinar entre o direito e a Nova Economia Institucional. Sobre o tema, ver (ASCARELLI, 1952; CAVALLI, 2013, p. 218 e ss.). A obra de Tullio Ascarelli coloca “em primeiro plano a função imediata do direito, que [é] a função econômica” (BOBBIO, 2007, p. 270). Em sentido análogo, destacando o pioneirismo de Tullio Ascarelli na análise econômica do direito, ver (ALPA, 1981, p. 214).

de negociação deste bem. Ademais, como em mercados o que é transacionado são direitos, e não entidades físicas (COASE, 1991), importa compreender de que modo as instituições jurídicas contribuem para a delimitação de direitos a serem transacionados, de modo a reduzir assimetria informacional. A dificuldade em delimitar-se um direito a ser transacionado, para além de poder contribuir para assimetria informacional, é descrita neste artigo como um custo de transação, em conformidade com a teoria econômica inaugurada por Coase (1937; 1960).

Ademais, como o trabalho é orientado pela hipótese de que as distintas instituições jurídicas que disciplinam a mobilização de créditos são marcadas por distintas características que reduzem de modo mais ou menos eficiente custos de transação, cumpre investigar-se, comparativamente, quais as eficiências do direito cambiário em relação ao instituto da cessão civil de créditos.

Para tanto, este trabalho será composto de 6 seções. A primeira, introdutória, será seguida da seção 2, dedicada a tratar dos custos de delimitação de direitos no mercado de negociação de créditos. Aqui, pretende-se apresentar as teorias econômicas que servirão, instrumentalmente, para medir a eficiência das instituições jurídicas que servem à mobilização de créditos, notadamente no que respeita aos custos de delimitação de direitos a serem transacionados. Na seção 3, dedicada aos custos de transação na transmissão de créditos por cessão de créditos, será descrita a instituição jurídica da cessão de créditos para, em seguida, verificar-se os custos de delimitação de direitos que lhe são inerentes. Na seção 4, serão investigados os custos de transação na circulação cambiária de créditos, notadamente no que respeita ao modo pelo qual o direito cambiário delimita os direitos a serem transacionados. Na seção 5, serão analisados os custos de negociação e cobrança no mercado de negociação de créditos. Aqui, interessam analisar comparativamente os institutos da cessão civil e dos títulos de crédito no que respeita aos custos relativos às diferentes formas de legitimação ao exercício do direito de crédito. Por fim, a seção 6 concluirá o artigo.

2. CUSTOS DE DELIMITAÇÃO DE DIREITOS NO MERCADO DE NEGOCIAÇÃO DE CRÉDITOS

A mobilização de créditos pressupõe a existência de instituições jurídicas adequadas a desempenhar esta tarefa. As duas principais instituições jurídicas que

possibilitam a mobilização de créditos consistem na cessão civil de créditos e no direito dos títulos de créditos. A disciplina do direito cambiário somente pode ser compreendida em contraste com a disciplina da cessão civil de créditos, de modo a identificar qual das duas instituições desempenha de modo mais eficiente a função de facilitar a mobilização de créditos (ASCARELLI, 1943, p. 3-4).

Conquanto ambas instituições desempenhem a mesma tarefa, afirma-se que o direito cambiário a desempenha de modo mais eficiente do que a cessão civil. Esta eficiência pode ser descrita mediante o recurso à noção de custo de transação. Mobilizar créditos significa transferir um crédito de um sujeito a outro. Neste sentido, a cada transmissão de crédito ocorre uma transação. Conforme varie a instituição jurídica utilizada para realizar a transação, variarão os custos relacionados a cada transação.

Coase (1937, p. 390-391) apresenta como custos de transação aqueles relacionados à necessidade de se obter informações acerca da transação a ser realizada, à negociação e à celebração de um contrato e aqueles relacionados à fiscalização do cumprimento e a execução do contrato. Em artigo que se tornou referência da Nova Economia Institucional, Coase descreveu a noção de custos de transação nos seguintes termos:

Com o objetivo de conduzir uma transação de mercado é necessário descobrir com quem se pretende negociar, informar aos sujeitos que pretende negociar e em que termos, conduzir as negociações em direção ao negócio, redigir o contrato, empreender as inspeções necessárias para garantir que os termos do contrato estão sendo observados, e assim por diante. Frequentemente estas operações são extremamente custosas, e de qualquer maneira suficientemente custosas para impedir muitas transações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 1960, p. 15, tradução nossa)

Em mercados, o que é transacionado são direitos, e não entidades físicas (COASE, 1991). Portanto, as instituições jurídicas, por viabilizarem transações de direitos, são decisivas para o desenvolvimento de mercados (NORTH, 1994, p. 367), notadamente, no que aqui interessa, para o desenvolvimento de mercados de negociação de créditos.

O primeiro custo de transação consiste na busca de informações acerca da transação que será realizada. Como instituições jurídicas interferem nos custos

de transação, pode-se afirmar que diferentes instituições jurídicas acarretam diferentes custos de obtenção de informação sobre bem que se está comprando. As informações a serem buscadas não são apenas relativas aos sinais de preço de mercado, decorrentes da oferta e da demanda de direitos, pois dizem respeito à identificação do sujeito com que se pretende realizar uma transação e à delimitação do direito que se pretende transacionar. Com efeito, há custos de transação relacionados à mensuração de aspectos dos bens trocados, os quais, por sua vez, são diretamente relacionados à assimetria de informações dos agentes acerca destes bens (NORTH, 2006, p. 29-30). Em um mercado de negociação de créditos, os agentes envolvidos possuem diferentes graus de informação acerca dos direitos que serão transacionados. Quanto maior for a assimetria informacional, maior será a taxa de juros cobrada para a aquisição do crédito. Ou seja, menor será o valor pago pelo crédito que se pretende mobilizar. Por conseguinte, quanto maior a taxa de juros, menor a probabilidade de empresas continuarem a buscar financiamento mediante mobilização de seus créditos. Deste modo, instituições jurídicas que delimitem mais eficientemente os direitos a serem transacionados são fundamentais para a manutenção de mercados.

Um dos mais conhecidos exemplos de como a assimetria de informações e o alto custo de delimitação de direitos pode afetar gravemente um mercado, conduzindo eventualmente à sua extinção, foi elaborado por Akerlof (1970), que desenvolveu nova abordagem para os temas da qualidade e da incerteza.

De acordo com o autor, em um mercado de carros usados há uma grande assimetria de informações entre o vendedor e o comprador quanto ao bem que se está a transacionar. O vendedor do carro usado conhece, ou tem melhores condições de conhecer, as características do automóvel que está ofertando, pois sabe se o automóvel possui defeitos decorrentes do uso, da falta de manutenção ou de acidentes. Já o comprador desconhece estas informações. Com efeito, há entre vendedor e comprador uma assimetria de informações entre o bem a ser transacionado.

Por esta razão, quanto maior for a assimetria de informações, menor será a certeza do comprador de que adquirirá um automóvel em boas condições de utilização. Como consequência, ante a assimetria de informação, isto é, como não há condições de obter informações precisas acerca do bem que se pretende

adquirir, o comprador se disporá a pagar apenas o preço de um carro usado com defeitos, que é menor do que o preço de um carro usado sem defeitos. Isto conduz a uma seleção adversa no mercado de carros usados, à medida que os vendedores de carros em bom estado de conservação não se disporão a vender seus carros por preço de um carro em mau estado de conservação. Por conseguinte, no mercado de carros usados, ante a assimetria de informações, restarão apenas os ofertantes de carros usados ruins, o que pode inclusive conduzir à extinção desse mercado de negociação de carros usados.

As instituições jurídicas de um mercado de negociação de créditos podem ser descritas a partir deste mesmo modelo. Em um mercado de negociação de créditos, os potenciais adquirentes de créditos podem incorrer em custos relativos à delimitação dos créditos transacionados, a depender da instituição jurídica utilizada para a mobilização do crédito. Por conseguinte, quanto mais custosa e ineficiente for a delimitação do direito a ser transacionado, menores as probabilidades de desenvolvimento de um mercado orientado a negociação destes direitos.

3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA TRANSMISSÃO DE CRÉDITOS POR CESSÃO DE CRÉDITOS

A instituição jurídica que trata diretamente da mobilização de créditos é a cessão civil de créditos, atualmente disciplinada nos arts. 286 e seguintes do Código Civil. A transmissão de direitos é realizada em conformidade com as regras que disciplinam a cessão de créditos, apesar de existirem outros institutos jurídicos que compartilhem a mesma função. Daí porque se diz que a cessão de créditos constitui o instituto jurídico de direito *comum* voltado a disciplinar a transmissão de direitos creditícios.

Um crédito não é formado apenas pela posição ativa na relação obrigacional, à medida que corresponde às posições de dívida na mesma relação obrigacional, decompostas em deveres, obrigações e exceções.

À disciplina jurídica de transmissão de direitos creditícios, aplica-se a regra *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, ou seja, ninguém pode transferir mais direitos do que efetivamente possui. Com efeito, tendo em vista que o direito do credor é limitado pelas exceções que lhe pode opor o devedor, se

o credor transfere seu crédito a terceiro, transferirá os mesmos direitos, pretensões e ações, que possuía, aos quais continuarão a corresponder aos mesmos deveres, obrigações e exceções. Conforme afirmou Faria (1987, p. 37), “[n]a circulação por cessão, transfere-se o crédito tal como existia no cedente”.

Por outro lado, se ao seu crédito correspondem defesas que o limitam, o adquirente do crédito adquirirá o crédito tal qual o possuía o cedente, isto é, o crédito continuará sendo restringido pelas mesmas defesas, conforme dispõe o art. 294 do Código Civil. Neste sentido, diz-se que o cessionário adquire o crédito de modo derivado. O binômio *nemo plus iuris* – aquisição derivada são dois lados de uma mesma moeda que evidenciam o fato de que o cessionário continuará exposto às mesmas defesas que restringiam o crédito do cedente.

Com efeito, se em razão de uma compra de venda de um automóvel o vendedor torna-se titular de um crédito de \$ 50.000, a este crédito correspondem as defesas relativas ao mesmo contrato. Assim, o devedor do preço eventualmente pode opor ao credor, por exemplo, defesas relativas ao inadimplemento do dever de entregar o bem, defesas decorrentes de avarias no bem entregue, ou defesas relativas a outras relações havidas entre o comprador e o vendedor, como a compensação de créditos.

Nesse sentido, o crédito de que é titular o vendedor resulta do valor de sua posição ativa na relação obrigacional, *menos* o valor das eventuais defesas oponíveis. Desse modo, se o vendedor do automóvel fosse, em razão de outra relação jurídica, também devedor do comprador pela quantia de \$ 30.000, o valor que ele efetivamente obteria cobrar seria de \$ 50.000 – \$ 30.000, isto é, apenas \$ 20.000.

Ao credor é livre a cessibilidade do crédito. Com efeito, o credor pode optar por transferir o seu crédito, ao invés de cobrá-lo. A transferência do crédito é realizada por meio de uma transação. Se esta transação for realizada em conformidade com a instituição jurídica da cessão de créditos, o problema da assimetria de informações se manifestará. Assim, se o cedente fosse titular de um crédito de \$ 50.000, mas que fosse restringido por defesas no valor de \$ 30.000, o cessionário, quando for cobrar o crédito, obterá cobrar apenas \$ 20.000. É neste ponto que se manifesta o alto custo de transação na transferência de créditos por cessão de créditos, pois há entre cedente e cessionário uma alta assimetria

de informações quanto à existência e à extensão das defesas que porventura poderão restringir o crédito. O cessionário somente descobrirá que defesas são estas quando for cobrar o crédito do devedor. Por este motivo, Ascarelli (1943, p. 9) afirmou que a cessão de créditos é como uma *caixa de surpresas*, no sentido de que o cessionário sujeita-se às defesas que o devedor possui contra o cedente, sem que lhe seja dado conhecer e avaliar a todas. Por conseguinte, abre-se aqui a oportunidade para que ocorra uma seleção adversa no mercado de negociação de créditos, fazendo com que os adquirentes de créditos cobrem uma maior taxa de juros para adquirir o crédito, em razão da deficiente delimitação do direito que é transacionado. Quanto maior for a taxa de juros cobrada, menor será a disposição dos detentores de créditos para transacioná-los, o que eventualmente poderia conduzir à extinção do mercado de negociação de créditos.

Estas características da cessão de créditos não se coadunavam com as exigências econômicas de mobilização de créditos presentes no nascente comércio bancário do medievo italiano, pois o contexto econômico em que se inseria era marcado pela gradativa ampliação do mecanismo de captação e aplicação de recursos, mediante a realização de operações econômicas análogas ao atual desconto de títulos. Precisamente por se encontrar em seu nascedouro, era reduzida a capacidade do comércio bancário em diluir seus riscos mediante o desenvolvimento de escala. Por conseguinte, se o comércio bancário adquirisse créditos por cessão, em cada operação haveria o risco de serem opostas exceções que limitassem a possibilidade de satisfação de sua pretensão. Essa concentração de riscos, aliada à impossibilidade de diluí-los noutras operações, conduziam ao fato de que a taxa de juros cobrada em cada operação tenderia a ser excessivamente alta, com o que desestimularia os comerciantes a buscarem o financiamento de sua atividade econômica mediante a mobilização de créditos.

Por outro lado, ante o caráter internacional do comércio (CAENEGEM, 2000, p. 118) e a intensa circulação de títulos de crédito entre comerciantes de diversas localidades, dificultava-se àquele que adquirisse créditos a obtenção de informações sobre o negócio que dera origem ao crédito cedido. É que, como os bancos adquirissem créditos provenientes de qualquer ramo de atividade, - fosse, por exemplo, o comércio de algodão, de seda, de trigo -, não possuíam eles informações qualificadas sobre as particularidades de cada um desses mercados e da posição do devedor indicado neste mercado, notadamente quanto à sua

solvabilidade. Por conseguinte, ante a limitação de informações, limitava-se a possibilidade de se realizar uma eficiente análise de riscos. Por conseguinte, nas transações conduzidas mediante a cessão de créditos, se manifestaria tendência de cobrar-se uma maior taxa de juros.

4. CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA CIRCULAÇÃO CAMBIÁRIA DE CRÉDITOS

Em contraste com a cessão civil de créditos, o direito cambiário constitui a solução para o problema da delimitação dos direitos a serem transacionados e, por conseguinte, para o problema da mobilização de créditos. O direito cambiário adota expedientes dogmáticos que tutelam o terceiro portador ignaro de exceções, como a delimitação do direito cartular pela literalidade¹⁰ e, num passo posterior, pela abstração,¹¹ assegura ao terceiro portador de boa fé que não lhe serão opostas defesas que ele desconheça, ou seja, que não resultem do teor literal do título (art. 17, do Anexo I do Dec. 57.663/66).

A mobilização cambiária dos créditos caracteriza-se por um peculiar expediente dogmático que cuida, primeiramente, da circulação da *propriedade* dos títulos de crédito na qualidade de *coisas móveis* (ASCARELLI, 1943, p. 305). Daí a razão pela qual se afirma que, em direito cambiário, há uma precedência dos direitos reais sobre os obrigacionais, pois só indiretamente é que se ocupará de transferir créditos. Conforme observam Gualtieri e Winizky (1974, p. 66, tradução nossa), “o direito cartular incorporado no título está destinado a encontrar seu titular em um sujeito determinável em virtude da relação [de direito] real existente entre este sujeito e o documento.” Mais precisamente, isto significa dizer que, em primeiro lugar, deve-se verificar quem é o proprietário de um título

10 Conforme ensina Ascarelli (1943, p. 56), a “explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característica essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (*declaração cartular*) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer das suas modalidades, exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título.”

11 Neste sentido, “[a] abstração, em substância, representa como que um passo ulterior no caminho em que a literalidade constitui já um primeiro passo, isto é, no caminho da sempre maior delimitação e objetivação do direito cartular; da sua sempre maior distinção do conjunto do ‘negócio’ economicamente havido entre as partes, e, isso, justamente à vista da sua circulação e da segurança desta.” (ASCARELLI, 1943, p. 110).

de crédito, - enquanto coisa móvel -, para somente após determinar quem é o titular do direito creditício incorporado ao título de crédito (ASCARELLI, 1943, p. 284 e 296).

A coincidência do direito real de propriedade sobre o título de crédito na qualidade de coisa móvel e o titular do crédito emergente do título “constitui um resultado, talvez, definitivamente adquirido” (ASCARELLI, 1943, p. 262). Com efeito, a lei de circulação dos títulos de crédito é aquela que cuida *imediate* ou *diretamente* da circulação do título de crédito na qualidade de coisa móvel materialmente considerada. Só indireta ou mediatamente é que há falar-se em circulação de direitos.¹² Ainda conforme a lição de Ascarelli (1943, p. 304),

a exigência fundamental em matéria de títulos de crédito, justamente aquela em virtude da qual o conceito econômico de ‘circulação’ adquire um preciso alcance jurídico, diverso da transferência do direito segundo as regras de direito comum. Circulação, isto é, a transferência mediata do direito, de modo que este surge autônomo nos sucessivos proprietários do título; circulação que não tem, pois, diretamente, por objeto, o direito - ao contrário do que se dá nas transferências de direito comum - mas o título.

Por esta razão, a titularidade do direito cartular não é derivada do direito dos anteriores titulares, mas adquirida “por via originária e autônoma nos sucessivos proprietários do título” (ASCARELLI, 1943, p. 296). Uma vez que o direito do terceiro portador de boa fé de um título de crédito não guarda relação com o direito dos anteriores portadores do título, pode-se afirmar que, aos títulos de crédito, não se aplica a regra *nemo plus iuris*, já que a ausência de titularidade do

12 Conforme observa Guida (2003, p. 40, tradução nossa), “a circulação diz respeito diretamente ao título como coisa e indiretamente ao direito nela incorporado”. Também no mesmo sentido é a lição de Rosa (1988, p. 301-302, tradução nossa), para quem “[a] lei de circulação dos títulos de crédito, como se sabe, assemelha-se à que governa a circulação dos bens móveis. A extensão de tal lei à transferência dos direitos cartulares se fez possível pela função instrumental que a esse fim cumpre o documento. Entre o título e a relação nele mencionada existe um *vínculo* jurídico em razão do qual a transferência do segundo se opera mediante a transferência do primeiro. Em virtude desse fenômeno concorrente, chamado de ‘incorporação’ de crédito no documento, obtém-se aquela segurança na circulação que é própria da lei de circulação dos móveis, isto é, de uma lei que para sua aplicação pressupõe a presença de uma entidade material suscetível de entrega e posse.”

direito de anterior portador em nada afeta a titularidade do atual portador de boa fé. Deste modo, o direito constituído pelo título não é derivado do direito dos anteriores portadores, precisamente por emergir do próprio título. Diz-se, assim, que o direito constituído por um título de crédito é autônomo. Com isso, logra-se tutelar o direito do terceiro portador de boa fé contra a necessidade, presente na circulação comum de crédito, de ter de demonstrar a titularidade daqueles que transferiram o direito (ASCARELLI, 1943, p. 278 e ss.).

Pode-se dizer, ainda, que o anterior portador, conquanto não fosse titular do direito, “transferiu” ao atual portador melhor direito do que possuía. Vale dizer, por um complexo expediente dogmático, o direito cambiário possibilita que se delimite mais precisamente o direito que será transacionado, quando comparado com a cessão civil de créditos. Isto somente é possível em razão do fato de que o anterior portador, titular ou não do direito, em verdade, nada transfere, pois a titularidade do atual portador é determinada pela relação de propriedade que estabelece com o título na qualidade de coisa móvel, a partir da tomada de posse, de boa fé em consonância com as leis que regulam sua circulação.

Ademais, como o direito do terceiro portador de boa fé não deriva do direito dos portadores anteriores, cumpre delimitar-lhe o conteúdo e a extensão. A clara delimitação do direito mencionado em um título de crédito é fundamental para facilitar que se atenda a necessidade de mobilização dos direitos (ASCARELLI, 1943, p. 53).

Enquanto a cessão de créditos constitui uma ‘caixa de surpresas’, no sentido de que o cessionário sujeita-se às defesas que o devedor possui contra o cedente, sem que lhe seja dado conhecer a todas, a circulação cambiária dos créditos, pelo princípio da literalidade, assegura ao terceiro portador de boa fé que não lhe serão opostas defesas que ele desconheça, ou seja, que não resultem do teor literal do título. Afirma-se a literalidade com o propósito de proteger o terceiro portador de boa fé, pela proibição de oposição de defesas extra-cartulares, e com o propósito de proteger o devedor, pela delimitação de seu dever.

No primeiro sentido, pela literalidade tutela-se a boa fé que o terceiro portador do título deposita na aparência literal do título, no sentido de que, ao adquiri-lo, acredita que aqueles que o subscreveram pagarão a quantia ali mencionada. Com esta tutela, empresta-se maior segurança ao terceiro portador de boa fé, que sabe que não será surpreendido por defesas que não lhe são dadas conhecer.

O princípio da literalidade, ademais, consiste em um importante critério de interpretação das declarações cambiárias de vontade. Ao contrário da regra geral encontrada no direito civil, segundo a qual na interpretação das declarações de vontade deve-se levar em conta a intenção subjetiva do declarante em detrimento do sentido literal da linguagem (Código Civil, art. 112), no direito cambiário a regra é invertida. Assim, ao interpretar-se uma declaração cambiária de vontade leva-se em consideração o sentido literal da linguagem em detrimento da intenção subjetiva do declarante. Desta regra interpretativa extrai-se regra mais geral aplicável aos títulos de crédito, consistente naquela em que não se pode opor a terceiros portadores de um título de crédito defesas extracartulares, ou seja, defesas que não resultem do teor literal do título.

O princípio da literalidade quer significar que “o direito decorrente do título é literal no sentido de que, quanto ao conteúdo, à extensão e às modalidades desse direito, é decisivo exclusivamente o teor do título” (ASCARELLI, 1943, p. 51). Ou, consoante a fórmula sintética de Martins (1991, p. 8), por literalidade entende-se “o fato de só valer no título o que nele está escrito.”

Com efeito, a literalidade reduz a assimetria informacional acerca do direito que será transacionado, à medida que delimita este direito de acordo com o teor literal do título de crédito. O teor literal do título contém toda a informação acerca do direito a ser transacionado. Com isso, reduz-se a taxas de juros a ser praticada, quando em comparação com transações conduzidas por meio de cessão civil de créditos.

Do princípio da literalidade, ou do princípio da autonomia, conforme a corrente doutrinária que se pretenda seguir,¹³ decorre o princípio da inoponibilidade das

13 A doutrina italiana, a exemplo de Ascarelli (1943, p. 51) e de Gualtieri e Winizky (1974, p. 66), arrima a inoponibilidade de exceções fundadas em elementos extracartulares ao proprietário ignaro de tais exceções com base na característica da literalidade. Neste sentido, a literalidade constitui o aspecto passivo da autonomia, afigurando-se uma categoria supérflua, que daria respeito apenas às defesas ditas objetivas fundadas em relações mencionadas no título (GUALTIERI e WINIZKY, 1974, p. 66). A doutrina brasileira, no entanto, prefere derivar o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais indiretas do princípio da autonomia (REQUIÃO, 1995, p. 296). Neste sentido é a lição de Pontes de Miranda, que afirmou ser “típica da circulação cambiária a atribuição, a cada um dos possuidores sucessivos do título cambiário, dos direitos respectivos, porém com inteira autonomia, de modo que não há somente a autonomia das obrigações cambiárias, existe também a autonomia dos direitos

exceções pessoais indiretas, positivado no art. 17 da LUG: “As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor.”

Com efeito, os custos de transação relacionados à delimitação do direito transacionado são sensivelmente reduzidos se esta transação for realizada em conformidade com a instituição jurídica dos títulos de crédito. Nas transações de títulos de crédito, o direito cuida de delimitar precisamente o direito que é transacionado, reduzindo os custos de transação e os problemas decorrentes da assimetria de informações.

Na mobilização de créditos por títulos de crédito, o crédito é *objetivado* em um documento, de modo que o que se transfere não é o crédito propriamente, mas o documento no qual está consubstanciado o crédito. Assim, aquele que adquirir a propriedade do documento será o credor do direito consubstanciado no mesmo documento. Este expediente dogmático possibilita uma desvinculação entre o crédito e as defesas que porventura pudessem restringi-lo, reduzindo o problema da assimetria de informações e economizando custos de transação.

Imagine-se, por exemplo, se alguém vende a um comprador um automóvel pelo preço de \$ 50.000, e o comprador entrega ao vendedor um cheque neste mesmo valor. Caso o vendedor transacione o título de crédito com um terceiro, o terceiro adquirirá apenas o título, que lhe outorgará o direito de cobrar \$ 50.000. O devedor, quando cobrado, não poderá opor defesas que eventualmente poderiam restringir o direito do vendedor, pois o terceiro adquirente do título não adquiriu derivadamente este direito, mas apenas o título de crédito que lhe outorgou o crédito de \$ 50.000.

O direito cambiário, ao não sujeitar o adquirente de um título de crédito às exceções decorrentes da relação fundamental, – em contraste com o instituto da cessão civil, – reduz significativamente os custos deste terceiro portador relativos à delimitação (isto é, relativos à obtenção de informações) do crédito ou, mais

cambiários, donde resulta o *princípio da inoponibilidade das objeções ou exceções*” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 18).

precisamente, das exceções que eventualmente limitam o direito daquele que lhe transfere o título.

Na cessão de créditos, o titular originário do crédito tem melhores condições de conhecer as exceções, ao passo que aquele a quem o crédito é mobilizado possui menores possibilidades de conhecê-las. Por esta razão, esta modalidade de mobilização de créditos envolve maiores custos de transação. As regras cambiárias reduzem os custos de transação, pois desoneram o adquirente do crédito de buscar informações sobre o bem que está adquirindo.

Essas regras reduzem a assimetria de informações entre o adquirente do crédito e o seu titular originário e, desse modo, viabilizam o desenvolvimento do mercado de negociação de créditos. É neste sentido que se afirma que as regras de direito cambiário, que se desenvolveram em contraste com as regras da cessão civil de créditos, possibilitaram uma objetivação do crédito, ao delimitá-lo e facilitar a sua negociação. Com efeito, a comparação institucional autoriza a conclusão de que pela cessão civil ocorre a transmissão de créditos “usados”, com aumento dos custos de transação, ao passo que a transmissão de títulos de crédito possibilita a transmissão de créditos “zero quilômetro”, reduzindo, assim, custos de transação.

5. CUSTOS DE NEGOCIAÇÃO E COBRANÇA NO MERCADO DE NEGOCIAÇÃO DE CRÉDITOS

As regras de direito cambiário também conduzem à redução das outras modalidades de custos de transação quando comparadas com as demais características da cessão civil de créditos.

No que respeita aos custos de negociação e redação do contrato, a instituição jurídica do direito cambiário é sensivelmente menos custosa do que a cessão civil. De um lado, a transmissão de créditos por cessão civil é negócio jurídico bilateral, isto é, um contrato, que pressupõe o encontro de duas vontades para a sua formação e que depende, via de regra, de um instrumento escrito para ser provada; de outro lado, a transmissão cambiária de créditos é realizada pela circulação do título de crédito enquanto coisa móvel, dispensando-se a necessidade de celebração e comprovação da existência de um contrato. Para que alguém adquira um crédito cambiário, basta que este sujeito reúna posse do documento, de boa

fé e qualificada pela lei de circulação, a qual normalmente é caracterizada por uma série ininterrupta de endossos, vale dizer, uma série de assinaturas apostas no verso do título. A simplificação das regras de transmissão de crédito do direito cambiário reduz sensivelmente os custos de transação referentes à negociação e redação de um contrato.

Já no que respeita aos custos relacionados à execução (*enforcement*) do crédito, o direito cambiário é igualmente mais eficiente se comparado às características institucionais da cessão civil de créditos, por razões de duas ordens.

Em primeiro lugar, de regra, para que alguém possa exercer um direito, é necessário que se inicie pela demonstração da titularidade deste mesmo direito. Neste sentido, em conformidade com a regra da legitimação ordinária (BETTI, 1959, p. 177), somente quem demonstrar ser titular do direito é que se legitimará a exercer este mesmo direito (QUIJANO, 1958, p. 17). Esta mesma regra corresponde, do lado do devedor, ao fato de que somente o pagamento feito a quem provar ser credor terá eficácia liberatória do devedor. Assim, aquele que paga a quem não é credor continua obrigado e sujeita-se a pagar ao verdadeiro credor. A regra da legitimação ordinária aplica-se à cessão civil de créditos. Assim, o cessionário, para poder exercer a ação decorrente do direito de crédito, deverá começar por demonstrar que este direito é de sua titularidade. Tendo em vista que o cessionário adquiriu derivadamente o crédito do cedente, em verdade ele deverá começar por demonstrar a titularidade dos credores que lhe transferiram o crédito. A realização desta prova envolve, por evidente, custos.

Estes custos são anulados quando se analisa a disciplina do direito dos títulos de crédito, pois o exercício do direito cartular prescinde da comprovação da titularidade do crédito. Para alguém exercer o direito contido em um título de crédito, basta a posse qualificada do título de crédito, que lhe outorga a aparência de titularidade (art. 16, 1.^a alínea do Anexo I do Dec. 57.663/66; art. 22 da Lei 7.357/85). Ao invés da necessidade de comprovação da titularidade, o direito cambiário contenta-se com a mera aparência de titularidade. Do ponto de vista do devedor, o mesmo fenômeno se repete. Para pagar com eficácia liberatória, basta ao devedor que pague a quem aparenta ser titular do direito (art. 40, 3.^a alínea, do Anexo I do Dec. 57.663/66; art. 39 da Lei 7.357/85). Com isso, reduz-se sensivelmente o custo de execução (*enforcement*) do direito cartular, quando comparado aos custos relativos à cessão civil.

Em segundo lugar, o direito cambiário reduz também custos de transação no sentido de que facilitam a realização (*enforcement*) do valor integral do crédito mencionado no título, mediante a outorga da ação executiva contra todos aqueles que assinaram no título que, por isso, são solidariamente responsáveis pelo pagamento (art. 43, do Anexo I do Dec. 57.663/66). Na cessão de créditos, não há, de regra, ação executiva. Além disso, na cessão de créditos não há solidariedade entre cedente e devedor (art. 295-296, do Código Civil).

6. CONCLUSÕES

A afirmação de que a instituição jurídica dos títulos de crédito é uma das mais importantes instituições jurídicas do capitalismo coaduna-se com a sua descrição a partir dos pressupostos da Nova Economia Institucional. Por conta de características institucionais, pode-se afirmar que os títulos de crédito, quando comparados com a instituição jurídica da cessão civil, conduz a uma diminuição de custos de transação, tanto no que respeita à delimitação do direito negociado, quando no que respeita à negociação e a cobrança do crédito.

Portanto, pode-se concluir que, ao longo da evolução capitalista, o instituto jurídico do direito cambiário apresentou-se como mais adequado do que a cessão civil para viabilizar o desenvolvimento de um mercado de negociação de créditos para financiamento da empresa. Isto é, mediante uma análise comparativa de estruturas jurídicas (*i.e.*, instituições), verificou-se qual a que desempenhou com maior eficiência a função econômica de reduzir custos de transação para financiar a empresa pela mobilização de créditos.

7. REFERÊNCIAS

- AKERLOF, G. A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. v. 84, n. n. 3, p. 488-500, 1970.
- ALPA, G. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, n. 7-12, p. 205-229, 1981.
- ASCARELLI, T. Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. In: ASCARELLI, T. (Ed.). **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952. p.55-78.

- _____. A idéia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: ASCARELLI, T. (Ed.). **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945. p.55-98.
- _____. Norma giuridica e realtà sociale. In: (Ed.). **Problemi giuridici**. Milano: Giuffrè, v.I, 1959. p.69-111.
- _____. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- _____. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1943.
- BETTI, E. **Teoria general del negocio juridico**. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- BOBBIO, N. Tullio Ascarelli. In: BOBBIO, N. (Ed.). **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p.211-271.
- CAENEGEM, R. C. V. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAVALLI, C. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COASE, R. H. The institutional structure of production. **The American Economic Review**, v. 82, n. 4, p. 713-719, 1991.
- _____. The nature of the firm. **Economica**, v. v. 4, p. 386-405, 1937.
- _____. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIA, W. **Ações cambiárias**. Porto Alegre: SAFe, 1987.
- GUALTIERI, G.; WINIZKY, I. **Titulos circulatorios**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974.
- GUIDA, P. Comentário ao art. 1994 do Codice Civile. In: (ORG.), G. L. (Ed.). **I titoli de credito**. Milano: Giuffrè, 2003.
- ISAACS, N. The Economic Advantages and Disadvantages of the Various Methods of Selling Goods on Credit. **The Cornell Law Quarterly**, v. 8, n. 3, p. 199-209, 1923.

- JENKS, E. On the Early History of Negotiable Instruments. **The Law Quarterly Review**, n. 9, p. 71-83, 1893.
- MARTINS, F. **Títulos de crédito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- NORTH, D. C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, p. 359-368, 1994.
- _____. **Institutions, institutional change and economic performance**. 23. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- QUIJANO, I. E. B. **El endoso**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- REQUIÃO, R. **Curso de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROSA, A. P. L. **La letra de cambio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- SOMMER, J. H. Commentary: Where is the economic analysis of payment law? **Chicago Kent Law Review**, v. 83, p. 751-767, 2008.
- WEINBERG, H. R. Commercial Paper in Economic Theory and Legal History. **Kentucky Law Journal**, n. 70, p. 567-592, 1982.
- WILLIAMSON, O. E. The economics of organization: the transaction cost approach. **The American Journal of Sociology**, v. v. 87, n. n. 3, p. 548-577, 1981.
- _____. Markets and hierarchies: some elementary considerations. **The American Economic Review**, v. 63, n. 2, p. 316-325, 1973.
- _____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, oct. 1979.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DO CONTRATO INCOMPLETO

Ivan Guimarães Pompeu¹

Renata Guimarães Pompeu²

Resumo

O presente artigo dedicou-se a investigar o tema do contrato incompleto como realidade jurídica e econômica expressiva da opção das partes ou de suas limitações reais para a mais completa composição do conteúdo contratual. A pergunta central reside em saber o que se considera um contrato incompleto, se este poderia ser considerado válido e eficaz diante da Teoria Geral do Negócio Jurídico e dos Contratos, e qual seria a eficiência que se busca por deste tipo de vínculo, se considerado os conceitos de custos de transação, maximização de riquezas, externalidades e racionalidade. Neste sentido, a primeira hipótese foi então de que o estudo somente seria possível se pudesse contar com uma análise simultânea do Direito e da Economia, já que não parece possível desconsiderar que o contrato é um fenômeno que contém estas nuances. O desenvolvimento do tema deu-se por meio da tentativa de identificação dos pressupostos e efeitos do contrato incompleto, sua articulação por meio do exercício da autonomia negocial racional, ponderando custos de transação e benefícios, enfim fatores endógenos e exógenos de formação do vínculo obrigacional, para, por fim sugerir formas de interpretação que atinjam a eficiência que era esperada pelas partes.

Palavras-chave

Contrato incompleto; Negociabilidade; Custos de transação; Riscos; responsabilidade.

1 Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito de Empresa CAD/Gama Filho. Coordenador e Professor do curso de Direito do Centro Universitário UNA. Membro da Associação Mineira de Direito e Economia. Advogado. Bolsista da CAPES.

2 Professora Adjunta de Direito Civil da UFMG. Doutora em Direito Privado pela PUC/MG. Mestre em Direito Civil pela UFMG. Especialista em Processo Civil CAD/Gama Filho. Membro da Associação Mineira de Direito e Economia.

Abstract

This article is dedicated to investigating the issue of the incomplete contract as a significant economic and legal reality of the option of the parties or their actual limitations for the full composition of the contractual scope. The central question is about to know why a contract is considered incomplete, and if it can be considered valid and effective in terms of the Contracts Theory, and what is the efficiency searching for this type of bond, considering the concepts of transaction costs, maximizing wealth, externalities and rationality. Thus, the first hypothesis was that the study would only be possible if we could count on a simultaneous analysis of Law and Economics, since it does not seem possible to disregard the contract as a phenomenon that contains these nuances. The development of the subject was given by the attempt to identify the assumptions and effects of incomplete contract, its articulation through the exercise of reasonable autonomy, considering transaction costs and benefits, and finally endogenous and exogenous factors forming the obligation's bond, that to finally suggest ways to achieve efficiency interpretation that was expected by the parties.

Key words

Incomplete contract; Negotiability; Transaction costs; Risks; torts.

1. INTRODUÇÃO

A hipótese metodológica que mobilizou a presente investigação é a de que se vive cada vez mais contratualmente. Explica-se melhor dizendo que as relações modernas trazem mais necessidade de modelos contratuais e que sejam novas modelagens de contrato, pois a complexidade dos vínculos jurídicos parece ser uma marca recorrente. O jogo de antecipação de riscos e responsabilidades é a tônica inerente do contrato, que resiste e se reinventa no mundo jurídico, demonstrando a inevitabilidade das relações intersubjetividades para circular e maximizar riquezas, entendidas aqui em seu sentido amplo, conforme destacou Posner³. E desta forma, não se pode negligenciar a articulação inseparável dos contratos e da

3 POSNER, Richard A. *Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2013.

Economia⁴. Considerar ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria, no mínimo, “alienação jurídica”. O estudo do contrato articulado aos conceitos da Análise Econômica do Direito⁵ significa trazer ao debate mais uma, dentre tantas, ferramentas hermenêuticas⁶. O que se quer dar ênfase aqui é que a noção de contrato como realidade jurídica deve sempre considerar a operação econômica⁷ que lhe subjaz, pois assim tornará consistente o arcabouço legal do direito dos contratos.

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais. (ROPPO, 1999). E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

Subjacente a este conceito técnico de contrato mencionou-se a presença da operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre as partes. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial. A formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe sempre uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas. A

4 Neste mesmo sentido Vincenzo Roppo: “L’area del contratto è, in parole più empiriche, l’area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): àrea strategica in ogni organizzazione sociale, e segnatamente neele società evolute”. (ROPPO, 2001, p. 3). Igualmente registrou Fernando Araújo: “(...) na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”. (ARAÚJO, 2007, p. 18).

5 Por certo o Direito representa uma ciência autônoma, mas conta também com um contexto de interdisciplinaridade que não pode ser negado. Economia e Direito articulados em nada se afastam dos seus fundamentos nucleares, apenas possibilitam (aqui para o Direito) uma análise mais consistente das inúmeras realidades às quais se deve oferecer tratamento ou regulação.

6 “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica (...) fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades”. (ARAÚJO, 2007, p. 14)

7 De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica”. (ROPPO, 1998, p. 8).

racionalidade contratual, assim como quaisquer outros processos de deliberação cognitiva, conta não somente com os tradicionais elementos afetos ao chamado raciocínio lógico, mas também é composta por sentimentos, sensações, influências culturais, preconceitos, superstições, ou seja, toda sorte de heteronomia. A articulação de interesses econômicos forma-se com toda essa carga individual que compõe o exercício da racionalidade contratual.

A operação econômica será então recebida no plano da existência do mundo jurídico, ilustrando assim as escolhas racionais (COOTER y ULEN, 2000) tradicionais e aquelas que compõem o conceito de riqueza ampliado por Posner (POSNER, 2013) ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação (além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada) e permanente assimetria de informações, que pode ser mais ou menos acentuada.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

Neste contexto surgiu o tema da Teoria do Contrato Incompleto (Incomplete-Contract Theory - ARAÚJO, 2007, p. 147), como uma realidade articulada de conceitos que tenta explicar o não acabamento das cláusulas contratuais como realidade provável de aumento dos riscos, das responsabilidades, mas, por vezes, das vantagens para cada uma das partes. Alocar em nível óptimo as possibilidades do contrato é o desafio desta incompletude⁸.

O contrato como forma jurídico-econômica de organização de condutas e comportamentos projetados para um futuro imediato, mas também bastante

8 BAO, Te; WANG, Yongqin. Incomplete contract, bargaining and optimal divisional structure. Disponível em: <<http://link-springer-om.ez27.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007%2Fs00712-011-0258-0>> Acesso em: 12 jul. 2013.

remoto, como naqueles de longo ou longíssimo prazo (veja-se o exemplo dos contratos de fornecimento de gás natural que podem ter vigência de mais 20 anos), pressupõe os melhores arranjos para cumprir esta função. Porém, parece razoável dizer que nem sempre se evidencia um nível adequado de antecipação e previsão de todos os aspectos sobre o conteúdo jurídico ou objeto do contrato. “(...) a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos Standards de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso (...) sendo essa insuficiência ex ante que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da boa-fé.” (ARAÚJO, 2007, p. 148)

O contrato incompleto delinea-se como uma articulação de interesses complexa em que não foi possível ou até mesmo não foi pretendido pelas partes antecipadamente a ponderação de custos e riscos de forma ampla. Esta realidade jurídico-econômica pode se revelar mais benéfica, em termos de regulação de questões pontuais, cujo alto custo de previsão, não interessa as partes no momento da formação do vínculo obrigacional.

Os custos ou os interesses para se especificar aspectos contratuais como as formas de partilha, de gestão de risco e antecipação de responsabilidades, deixaria o contrato mais dispendioso que suas possíveis vantagens. Neste sentido parece ser factível afirmar que, em alguns casos, é opção da parte deixar o contrato incompleto. “Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.” (ARAÚJO, 2007, p. 151).

O inacabamento ou a incompletude dos contratos, apesar de terem sentidos diferenciados para o Direito e para a Economia, convergem para a tentativa de entendimento das consequências, em ambas as áreas, de vínculos obrigacionais de antecipação insuficiente ou voluntariamente limitada. Em termos jurídicos, os contratos incompletos seriam aqueles de conteúdo cuja especificação dos riscos e das responsabilidades não foi adequadamente feita, contexto negocial com maior tendência a litigância e litigiosidade. No contexto Econômico a análise dos contratos incompletos teria uma abordagem mais ampla, pois duas

hipóteses essenciais podem ser levantadas diante de uma operação desta natureza: (i) a incompletude foi deliberada ou estrategicamente pensada, em razão da ponderação dos custos de transação; (ii) a incompletude tem natureza estrutural, já que não possível *ex ante* vislumbrar todos os riscos que possam atingir o contrato. Mas a convergência do estudo evidencia-se pela investigação dos laços jurídicos e econômicos nos contratos de cláusulas ou objeto incompleto, seja pela análise da ponderação dos custos de transação, seja pela análise das regras de interpretação, seja pela compreensão da opção pelo inacabamento.

2. O CONTRATO COMO FATO JURÍDICO-ECONÔMICO

O contrato como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se auto-regular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do Direito Privado permitem o pleno exercício desta autonomia, pois neles se impõe o heterônomo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva.

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais. (ROPPO, 2009). E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

Subjacente a este conceito técnico de contrato mencionou-se a presença da operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre as partes. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial já que a formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas.

A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam contratualmente agem de forma racional, delineando atuações consistentes como

recurso para a maximização de seus interesses. A reflexão que se propõe reside na noção de maximizar auto-interesse no universo capitalista. Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato, por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

A operação econômica recebida no plano da existência do mundo jurídico ilustraria, assim, as escolhas racionais (COOTER y ULEN, 2000) ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação. Além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente, ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

Roppo afirmava que “(...) o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não operação econômica, não pode também haver contrato.” (ROPPO, 2009, p. 11). A operação econômica que o contrato “torna” jurídica evidencia-se de maneira macro pela circulação de riquezas que a coordenação de condutas promovida por ele produz. Seja o contrato de natureza onerosa ou gratuita não há como negligenciar que a relação jurídica possibilita o fluxo de bens e serviços oferecidos em troca de contraprestações equivalentes ou não. Igualmente um contrato como o aleatório promove a circulação de riquezas por meio de uma operação econômica que pode ser dita mais arriscada e pouco pré-estimada já que não se pode prever de antemão as prestações de cada agente. “(...) onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica).” (ROPPO, 2009, p. 13).

A operação econômica traz consigo a troca de utilidades feita de maneira onerosa ou não. As utilidades podem ser oferecidas por meio de prestações de bens e/ou serviços oferecidos e queridos no mercado, *locus* de transações que lhe permitem um balizador de valores. Esse fato social mobilizador de permutas ou mesmo de um fluxo de utilidades já que nem todas implicarão em contraprestação se orientam por um conceito econômico denominado custo de transação.

2.1. CONTRATO, CUSTOS DE TRANSAÇÃO E MERCADO

A circulação ou fluxo de bens valorados economicamente, bem como de serviços que são considerados importantes e requisitados socialmente parece ser o “objeto” do mercado. O mercado pode ser considerado, em primeiro lugar, como um fato social de costumes, hábitos econômicos de troca, organizadas por meio de determinados códigos e condutas. Ele possibilita, de maneira relativamente consistente e coordenada, esse fluxo de riquezas movimentado pelos contratos. “O mercado atende às trocas relacionais e, implicitamente, envolve a própria noção de comunidade. Sem mercado não há trocas, e, sem trocas, a economia não se desenvolve (...)” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15). Neste contexto, o contrato aparece como relevante instrumento promotor de fluxo de riquezas desempenhando assim papel central na economia de mercado.

Igualmente, ou em acréscimo ao que foi dito sobre o mercado como fato social, pode-se acrescentar a natureza institucional do fenômeno que considera os costumes e as estruturas sociais regulados pelas leis. O mercado concentra o exercício das liberdades individuais ilustradas aqui pela autonomia/heteronomia contratual em que a noção de riqueza é definida pelos processos de interação (discursiva) entre os agentes. A relação entre mercado, direito e economia é nítida e não pode ser negligenciada no estudo dos contratos.

A escolha de mercado não é puramente racional, nem o resultado do processo científico de combinação de custo-benefício; ela leva em conta, muito mais, a interpretação de determinados significados, em esquema de incentivo /desincentivo. Assim é que o Direito, para Malloy, não cuida apenas de mediação do conflito em si – ele engloba também os valores dos processos de troca. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 16)

A operação econômica que o contrato regula ilustra a coordenação de condutas valoradas economicamente em razão do fato mercado. O que se mobiliza na relação jurídico-econômica do contrato se faz no mercado e para ele. E esse fluxo de utilidades é realizado em atenção a um sistema de cálculo de valores e prejuízos de maneira a movimentar as condutas contratuais. Cada decisão de conduta a ser realizada por meio do contrato passa por uma análise de vantagens e desvantagens, pois assim se detecta o que incentiva e ou deixa de incentivar determinadas prestações contratuais.

A teoria econômica dos custos de transação permite a inteligibilidade da relação jurídica contratual. Cada escolha por um tipo contratual pressupõe uma quantidade anterior de reflexões econômicas, morais, existenciais articuladas entre ônus e vantagens para cada um dos sujeitos envolvidos. Neste processo de deliberação inicia-se pela busca de informações sobre o parceiro contratual, sobre regras de preço, sobre a qualidade dos bens, sobre a presteza dos serviços. Em seguida, inicia-se o processo discursivo de negociação elegendo conteúdos jurídicos conforme as necessidades, desejos e objetivos dos seus autores.

No momento seguinte ocorreria a formação de contrato, que em alguns casos obedecerá a exigências jurídicas de formalização para sua efetiva validade. A atenção a forma representa também custos na operação econômica do contrato que devem ser antecipados e considerados na melhor decisão entre as partes. Além disso, quando se cogita dos custos de transação de contratos, indaga-se se naqueles de execução continuada, por exemplo, os parceiros no compromisso comercial o cumprirão na forma pactuada. Neste momento cogita-se, essencialmente da proteção ao direito de propriedade e posse dos bens e sua adequada empregabilidade no contrato. Verifica-se o devido cumprimento das prestações em atenção aos benefícios e custos de cada parte.

Por fim, na avaliação de custos de transação pode-se afirmar que são cogitadas as consequências jurídico-econômicas diante do inadequado cumprimento das prestações contratuais. A cobrança de indenização por prejuízos às partes é também antecipada no processo discursivo de negociação contratual validando sua existência como operação econômica que é. “Os custos de transação são o principal elemento motivador da Teoria Neo-Institucionalista, de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos”

(PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62), e, por certo, o contrato é uma destas formas de redução.

“Foi Ronald Coase quem primeiro chamou a atenção para a importância dos custos envolvidos na interação humana. Em especial, em artigo publicado em 1937, ele analisou como tais custos influíam na divisão entre transações realizadas dentro da empresa.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62) A noção de empresa aqui empregada vai ao encontro da definição hoje feita pelo Código Civil brasileiro que a recebe como atividade. Todavia, o conceito estabelecido pelo código ainda não levava em conta a noção de mercado e de uma realidade econômica inerente ao universo do Direito. Assim, empresa além de ser compreendida como atividade exercida pela pessoa jurídica ou pela pessoa natural (empresário individual) deve ser imaginada como uma grande rede de relações contratuais simultâneas.

3. PRESSUPOSTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA INCOMPLETUDE CONTRATUAL

No contexto primordialmente econômico onde nasce o fenômeno contratual, considerar a sua possibilidade de estruturação incompleta, parece ser investigar um, dentre tantos, desenhos das articulações dos custos de transação. Rachel Sztjan (SZTJAN, 2010, p.5-6) destaca que os custos de transação “(...) são aqueles incorridos na realização de uma operação econômica, representados, ou não, por dispêndios financeiros, mas que decorrem do conjunto de ações e medidas adotadas por cada pessoa antes, durante e depois de consumada a operação econômica.” A ponderação dos custos de transação é decisiva para que se compreenda a estrutura do contrato incompleto, já que a opção por vínculo jurídico se dá pela detida análise desse universo. A interação do sistema econômico e jurídico faz com os custos de transação aparecem como fatores imprescindíveis de apreciação, por serem considerados os principais motivos da incompletude contratual. Os custos de transação condicionam as escolhas das partes. Em razão de sua complexa existência, em se tratando de contratos, por exemplo, com prolongada vigência, parece ser mais eficiente a opção por contratos incompletos, já que além de ser muito oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação dos custos de difícil estipulação.

Assim, a tentativa de delimitação de pressupostos para uma teoria econômica do contrato incompleto, torna necessário adentrar no exame dos fatores relativos à racionalidade limitada, bem como analisar os pontos relacionados com as incertezas dos contratos de duração prolongada. Sugere-se que o contrato incompleto representaria a decisão por uma estrutura negocial mais flexível as intempéries de mercado, já que possibilitaria remediar eventual risco ou custo com a transação contratual, alegando a previsão imprecisa ou equivocada, possibilitando, desta forma, alternativas outras, posteriores à contratação. E, se o pressuposto é uma teoria econômica do contrato, a incompletude seria a lógica, já que seria impossível antecipar todos os acontecimentos ou eventos dentro de uma estrutura negocial. Os contratos incompletos são “instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça” (CATEB; GALLO, 2010, p.2).

Considerando que a racionalidade é limitada e que a maximização dos interesses individuais é a tendência em cada relação obrigacional, a articulação dos custos de transação é inevitável, mas que se realiza em meio a um ambiente constante de assimetria de informações, tornando assim difícil e, às vezes, impossível, a promoção de contratos cujo conteúdo jurídico possa a ser plenamente antecipável. A incompletude contratual parece ser a resposta prática mais eficiente para a hipótese de um contexto jurídico-econômico dotado de uma grande carga de imperfeições e incertezas. A opção pelo contrato incompleto afigura ser consequência da constatação de que não é eficiente alongar as negociações, já que ainda que sejam prolongadas, as resultantes não erradicariam ou cobririam os riscos subsistentes. A realização de um contrato completo demandaria um custo de transação oneroso demais para justificar a extensão do processo de negociações.

Todavia, além do excessivo custo de transação, a opção pelo contrato incompleto pode surgir igualmente de conduta intencional das próprias partes, que delineiam verdadeira estratégia negocial que acena ser mais eficiente se contar com cláusulas abertas. Fernando Araujo esclarece que “(...) em ambientes economicamente dinâmicos e sofisticados, na proximidade de mercados densos e concorrenciais, é de esperar que cresça o número de contratos com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado. (ARAUJO, 2007, p. 184)”. Adia-se a definição de soluções negociais, já que ainda não é possível prever ou antecipar os

riscos da atividade econômica. Uma teoria do contrato incompleto pressuporia que o modo mais simples e imediato para revolver a questão da superveniência contratual, consistiria na alocação convencional do risco, mas com o acréscimo de cláusula que trouxesse a obrigação de revisão do conteúdo contratual, readequando.

4. CONCLUSÕES

Conhecer a diferença entre a incompletude jurídica e econômica seria assim decisivo para a adequada compreensão dos pressupostos dos contratos incompletos, já que para o Direito a incompletude é associada à ideia de insuficiência, no sentido de que os integrantes da relação contratual não estipularam adequadamente todo o conteúdo jurídico e de outro lado, a Economia reconhece a incompletude, até mesmo deliberada, como opção legítima da vontade das partes em preservar inacabado como opção mais eficiente. A presença de lacunas jurídicas em nada se assemelha a escolha livre das partes em não disciplinar todas as contingências econômicas. A incompletude, na sua acepção econômica, está estritamente ligada ao problema da assunção, por parte dos contraentes, dos riscos inerentes ao contrato.

A incompletude jurídica pressuporia, por fim, que eventual conteúdo não antecipável será suprido por normas supletivas, princípios de teoria geral de contratos, com a futura integração dos objetivos pretendidos. Todavia a incompletude deliberada do contrato destinar-se-ia a incentivar negociação futura, facilitando que cada parte decida de maneira eficiente, as alocações de custos e riscos. O contrato incompleto justifica assim um recurso jurídico-econômico de gestão de riscos cujas redes de circulação de riquezas, a partir do fenômeno mercadológico, devem receber como realidade cada vez mais recorrente. Nesta mesma esteira, deve aparecer a Ciência do Direito e a Jurisprudência, reconhecendo que o modelo contratual clássico, por razões, inclusive, de ordem metodológica, sempre foi estudado sob uma perspectiva meramente estrutural que não permite descrever todas as variáveis de sua perspectiva processual. O contrato como processo obrigacional em desenvolvimento, a partir de uma operação econômica, deve ser essencialmente considerado como realidade jurídica e econômica. Sem essa ótica dos custos de transação inviabiliza-se o reconhecimento de outras formas de formação de vínculo, diversas do raciocínio jurídico clássico.

No contexto da assimetria de informações inerente a qualquer processo de contratação, bem como diante da antecipação ou prevenção dos custos *ex ante e ex post* vinculados ao objeto do contrato, quanto maior a indeterminação destas variáveis, mais se delineia a necessidade do conteúdo contratual permanecer incompleto. Veja-se que o inacabamento das cláusulas contratuais não pretende legitimar qualquer fluidez contratual, até mesmo por que a boa-fé objetiva não permitiria ou não validaria essa “esperteza” negocial. O inacabamento representa a opção e a limitação das partes em compor categorias jurídicas que sofrerão fortemente com as intempéries do mercado, que contenham alto custo para se fazer a previsão, ou que na valoração das partes, o custo em se obter a informação não tenha relação de proporcionalidade com a vantagem possível, sendo preferível submeter-se aos riscos. A formatação de uma teoria do contrato incompleto deve partir assim do reconhecimento da natureza essencialmente econômica do fenômeno contratual, da validação jurídica desta operação, a partir da decisão das partes movida pela análise dos custos de transação, da estimativa da maximização de riquezas e da sua natureza pré-determinada, em relação aquilo que a assimetria de informações permite que ela seja. A necessidade de cláusulas mais abertas leia-se conteúdo jurídico que permita formas de adaptação dos contratos diante de mudanças econômicas, sem a rigidez dos institutos de imprevisão, permite a acomodação de um contrato muito mais exposto às externalidades. Atente-se que não se propõe a estimular uma espécie de banalização da revisão do contrato, mas sim a formação de um tipo contratual que pede a abertura para novas articulações, pois sua realidade negocial é de alta carga de assimetria, de custos de transação pelas informações e de real impossibilidade de previsão razoável dos riscos. Compreender que os contratos cada vez mais ocupam as relações humanas e proporcionalmente aumentam a complexidade dos arranjos obrigacionais é o primeiro passo para superação da teoria clássica como única fonte referencial orientadora do tema.

5. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BAO, Te; WANG, Yongqin. *Incomplete contract, bargaining and optimal divisional structure*. Disponível em: <<http://link-springer-om.ez27.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007%2Fs00712-011-0258-0>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COASE, Ronald H. *The new institutional economics*. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici=sici=002282%199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.0.CO%3B2-M>>. Acesso em: 28 jul. 2008.
- COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago : London: Chicago University, 1988 *apud* ROBBINS, Lionel. *An essay on the natural and significance of economic science*. 2. ed., London: Macmillan & Co., 1935, p. 16.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1 – 44, 1960.
- COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law and economics*. 5.ed. Califórnia: Addison-Wesley: Longman, 2008.
- FERES, Marcos Vinício Chein; DIAS, João Paulo Torres. Teoria geral dos contratos relacionais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 30, p. 171-182, 2007.
- FRANCO, Denis. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.
- GAROUPA, Nuno. Análise económica do direito. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n 32, p. 23-38, dez. 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 1, p.41-66, jan./jun., 2005.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 2007.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 43, n. 170, p.159-173, abr./jun. 2006b.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007b.
- POSNER, Richard A. *Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2008.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 2, v.5, p. 5-58, mar. 2008.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo Direito Civil brasileiro*. 2007. 214f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- STZAJN, Rachel. Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 111, p.9-29, 1998.
- STZAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.
- SZTAJN, Rachel. Externalidades e custo de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 24, p. 250-276, 2005a.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-96.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-102.