

DISCUTINDO A AUTONOMIA

MAURÍCIO REQUIÃO (COORD.)

ADRIANO MARTELETO GODINHO

ANTONIO ADONIAS A. BASTOS

DIOGO DE CALASANS MELO ANDRADE

FERNANDA MACHADO AMARANTE

LEANDRO SANTOS DE ARAGÃO

MAURÍCIO REQUIÃO

NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA

RODRIGO ANDRADE DE ALMEIDA

DISCUTINDO A AUTONOMIA

Salvador

2014



Editoração eletrônica: Carla Piaggio, Carolina Barreto | www.carlapiaggio.com.br

Capa: Amanda da Silva Gonçalves

Conselho Editorial:

Fredie Didier Júnior,
Gamil Föppel El Hireche,
Valton Pessoa,
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,
Nestor Távora,
Rodolfo Pamplona Filho,
Maria Auxiliadora Minahim.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

SUMÁRIO

| | |
|-------------------|---|
| APRESENTAÇÃO..... | 9 |
|-------------------|---|

AUTONOMIA E SUJEITO

CAPÍTULO I

AUTONOMIA PRIVADA COMO ELEMENTO DE CONCREÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 13

Maurício Requião

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 13 |
| 2. Dignidade da pessoa humana: em busca da concreção..... | 14 |
| 3. Padrões e individualidade: mudança paradigmática | 18 |
| 4. O papel da autonomia privada na concreção da dignidade: o caso do maior incapaz.. | 20 |
| 5. Considerações finais..... | 27 |
| 6. Referências..... | 28 |

CAPÍTULO II

AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE E A “CAPACIDADE PARA CONSENTIR”: UMA NECESSÁRIA RUPTURA COM O REGRAMENTO CIVIL DA (IN)CAPACIDADE JURÍDICA31

Adriano Marteleto Godinho

| | |
|--|----|
| 1. Introdução..... | 31 |
| 2. Autonomia privada como meio de desenvolvimento da personalidade..... | 32 |
| 3. O consentimento informado..... | 34 |
| 4. Direitos da personalidade e o consentimento dos incapazes: a insuficiência dos critérios legais e o apelo à “capacidade para consentir” | 39 |
| 5. Conclusões | 46 |
| 6. Referências..... | 47 |

AUTONOMIA E EMPRESA

CAPÍTULO III

LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA À AUTONOMIA PRIVADA A FIM DE EVITAR CONCENTRAÇÃO DE MERCADO..... 51

Nadialice Francischini de Souza

| | |
|---------------------|----|
| 1. Introdução | 51 |
|---------------------|----|

| | |
|--|----|
| 2. A autonomia privada nas relações contratuais | 52 |
| 3. A concentração de mercado e a defesa a livre concorrência | 56 |
| 3.1. As Operações Societárias | 56 |
| 3.2. Concentração de Mercados Econômicos como Resultante das Operações Societárias | 57 |
| 3.3. A Defesa da Livre Concorrência | 59 |
| 4. Formas de limitação da autonomia privada a fim de evitar concentração de mercado .. | 60 |
| 4.1. Necessidade da Restrição as Operações Societárias | 60 |
| 4.2. Limitação Administrativa à Autonomia Privada | 61 |
| 5. Conclusão | 63 |
| 6. Referências | 65 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----------|
| A CAPITALIZAÇÃO DA EMPRESA E A AUTONOMIA PRIVADA DO EMPRESÁRIO | 69 |
|---|-----------|

Leandro Santos de Aragão

| | |
|---|----|
| 1. Empreender é arriscar: a abordagem jurídica minimalista da empresa | 69 |
| 2. A organização da empresa pelo direito | 72 |
| 3. Breve história do financiamento em empresas pela agregação de capitais | 75 |
| 4. Capitalização em empresa: internalização de riscos | 77 |
| 5. Capital e patrimônio: distinção | 78 |
| 6. Características do capital social | 81 |
| 7. Funções do capital e o juízo de adequação do capital social | 82 |
| 8. A garantia dos credores e a tutela antecipada do capital social | 85 |
| 9. Crítica à ideia tradicional do capital como garantia — ainda que secundária ou indireta — dos credores (e porque a função de produção econômica é insindicável pelo legislador ou pelo julgador) | 88 |
| 10. A capitalização adequada como dilema e a capitalização mínima imposta genericamente por lei como esquema | 89 |
| 11. A capitalização mínima imposta genericamente pela lei como instrumento inadequado de capitalização: o caso da EIRELI brasileira | 92 |
| 12. Conclusão | 94 |
| 13. Referências | 95 |

AUTONOMIA E CONTRATO

CAPÍTULO V

| | |
|--|------------|
| A ABRANGÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS LOCAÇÕES DE CONSTRUÇÃO AJUSTADA | 105 |
|--|------------|

Antonio Adonias A. Bastos

| | |
|---------------------|-----|
| 1. Introdução | 105 |
|---------------------|-----|

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 2. Conceito | 106 |
| 3. A prevalência da autonomia da vontade no novo marco regulatório | 108 |
| 4. O alcance da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada. Compatibilização com o interesse público | 110 |
| 4.1. Identificação dos interesses protegidos pelos dispositivos legais que tratam das relações contratuais | 111 |
| 4.2. A função social do contrato | 113 |
| 4.3. A harmonização da autonomia privada preconizada pela regulamentação da locação <i>built to suit</i> com o interesse público | 117 |

CAPÍTULO VI

DIREITOS MORAIS DO AUTOR E AUTONOMIA PRIVADA: OS *GHOST-WRITERS* E INDISPONIBILIDADE DO DIREITO À PATERNIDADE DA OBRA 127

Fernanda Machado Amarante

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 127 |
| 2. Direitos patrimoniais | 128 |
| 2.1. Características | 129 |
| 2.2. Espécies | 130 |
| 3. Direitos morais | 131 |
| 3.1. Características | 132 |
| 3.2. Espécies | 134 |
| 4. Contratos em Direito Autoral | 136 |
| 4.1. Autonomia privada e o autor | 136 |
| 4.2. Espécies de contratos | 137 |
| 5. <i>Ghost-writers</i> | 139 |
| 5.1. A tentativa de solução pela doutrina: Paralelo com a obra por encomenda | 140 |
| 5.2. A tentativa de solução pela doutrina: modalidade contratual atípica | 140 |
| 5.3. O conhecimento da autoria pela sociedade: Uma das funções sociais do Direito Autoral | 141 |
| 5.4. A posterior reivindicação da paternidade | 142 |
| 5.4.1. Pela manutenção do contrato, prevalência da autonomia privada das partes e impossibilidade de posterior reivindicação da autoria | 142 |
| 5.4.2. Pela nulidade do contrato e possibilidade de posterior reivindicação da autoria | 143 |
| 6. Conclusões | 144 |
| 7. Referências | 145 |

AUTONOMIA E FUNÇÃO SOCIAL

CAPÍTULO VII

FUNÇÃO SOCIAL DA FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?.. 149

Rodrigo Andrade de Almeida

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 149 |
| 2. Delimitando o problema: liberdade de direito e liberdade de fato..... | 150 |
| 3. O problema filosófico da liberdade de fato | 151 |
| 4. Limites à autonomia privada: um mal necessário? | 157 |
| 5. (In)Conclusões | 162 |
| 6. Referências..... | 163 |

CAPÍTULO VIII

AUTONOMIA PRIVADA E SUA RELATIVIZAÇÃO EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... 165

Diogo de Calasans Melo Andrade

| | |
|--|-----|
| 1. Histórico do Estado Moderno e o surgimento da Propriedade..... | 165 |
| 2. Conceito de Constituição, Constitucionalismo, Direito Constitucional, Poder Constituinte e Mutação Constitucional | 169 |
| 3. Constitucionalização do Direito..... | 171 |
| 4. Constitucionalização da Propriedade e sua Função Social | 174 |
| 5. Conclusão | 179 |
| 6. Referências..... | 179 |

APRESENTAÇÃO

A autonomia é ponto essencial, até mesmo fundante, pode-se dizer, do Direito Privado. A despeito disso, tem-se notado na produção acadêmica mais recente um influxo de textos voltados para os chamados “novos princípios” — boa-fé objetiva, função social e revisão contratual — com conseqüente diminuição das abordagens acerca da autonomia.

O objetivo desta obra é, justamente, colocar a autonomia no centro das discussões. Não se trata de uma defesa do princípio da autonomia perante qualquer outro, mas sim de um incentivo a revisitar o tema. Em tal intento, buscou-se agrupar aqui abordagens que tratem da autonomia sobre as mais diversas perspectivas.

Desta feita, inicia-se a obra com artigo da minha autoria, em que teço considerações preliminares sobre a relação entre autonomia e dignidade, apontando a primeira como elemento de realização da segunda, perpassando principalmente pela questão da incapacidade do sujeito. Na mesma linha, explorando a relação entre autonomia, sujeito e capacidade, artigo de Adriano Marteleto Godinho, em que trata especificamente do consentimento no tratamento médico.

Em seguida, no que toca à questão da relação entre autonomia e a empresa, tem-se dois artigos. O primeiro, de Nadialice Francischini de Souza, em que analisa a limitação da autonomia nas operações econômicas entre empresas, notadamente nos casos de fusões e aquisições. O segundo, de Leandro Santos de Aragão, questiona a limitação da autonomia na constituição da empresa, abordando especialmente a exigência legal de capitalização mínima para criação da EIRELI.

No campo contratual tem-se também dois artigos. Antonio Adonias A. Bastos apresenta texto em que trata da autonomia no tocante aos contratos de locação de construção ajustada. Normalmente referenciado na experiência estrangeira como *built to suit*, por se tratar de contrato atípico no sistema nacional, a discussão sobre a autonomia no mesmo se apresenta ainda mais necessária. Já Fernanda Machado Amarante trata da limitação da autonomia contratual no que diz respeito aos direitos morais de autor, mais especificamente em contratos que envolvem *ghost-writers*.

Encontra-se ainda nesta obra artigos em que há abordagem que envolve de modo direto a relação entre autonomia e função social. Rodrigo de Andrade levanta inquietação sobre a própria funcionalização da função social da autonomia. Diogo Calasans, a seu turno, aborda a possibilidade de limitação da autonomia privada em razão da função social da propriedade.

MAURÍCIO REQUIÃO

É, portanto, obra plural, que, trata de questões envolvendo a autonomia no plano existencial, patrimonial e até mesmo filosófico. Serve assim não apenas como um panorama das mais diversas aplicações da autonomia, mas também como ponto de partida para futuros estudos sobre o tema.

Diante de tal exposição inicial, da parte deste coordenador só resta agradecer à essencial contribuição de todos os articulistas e desejar ao leitor um bom mergulho neste tema de tão amplo interesse que é a autonomia.

Salvador, julho de 2013.

Maurício Requião

AUTONOMIA E SUJEITO

Maurício Requião
Adriano Marteleto Godinho

CAPÍTULO I

**AUTONOMIA PRIVADA COMO ELEMENTO DE
CONCREÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Maurício Requião¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dignidade da pessoa humana: em busca da concreção — 3. Padrões e individualidade: mudança paradigmática — 4. O papel da autonomia privada na concreção da dignidade: o caso do maior incapaz — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tece considerações preliminares quanto ao uso da autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana, partindo de duas premissas.

A primeira diz respeito à existência de um déficit hermenêutico em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal ocorre, principalmente, devido ao desgaste de sentido sofrido pelo princípio, invocado sem muito critério para situações das mais diversas, o que gera o enfraquecimento do seu conteúdo.

A segunda premissa, consequência da primeira, parte da perspectiva de que a consideração da autonomia privada do sujeito em concreto pode servir como elemento que diminua o déficit da própria concreção do sentido da dignidade da pessoa humana.

Tal caminho é trabalhado no texto iniciando-se com considerações sobre o sentido comumente atribuído à dignidade da pessoa humana em sentido abstrato. Em seguida, passa-se para análise que aborda a importância da consideração do indivíduo em concreto, para, por fim, trabalhar-se a ideia de como pode a autonomia ser utilizada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade na Universidade Federal da Bahia. Professor universitário na Faculdade Baiana de Direito e no Centro Universitário Jorge Amado. Advogado.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EM BUSCA DA CONCREÇÃO

Já há algum tempo, ao menos desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, por necessário reflexo do advento da Constituição Federal de 1988, vem a temática da dignidade da pessoa humana gozando de grande prestígio não apenas no Direito Constitucional, mas também na doutrina do Direito Civil. Princípio que é, necessita ter seu conteúdo de alguma forma delimitado sob pena de perder sua força normativa. Não pode pretender servir como panaceia para cura de todos os males, sob pena de nenhum resolver. Como afirmou Ulfried Neumann, o uso inflacionário da dignidade da pessoa humana acaba por ameaçar a desvalorização integral do próprio princípio².

Parte da dificuldade em haver um acordo sobre o que é a dignidade da pessoa humana se encontra justamente no fato de que o termo é um conceito indeterminado³, característica muito comum aos princípios e, como tal, dotado de vagueza semântica⁴.

No plano teórico, não faltam definições, que a seguir serão reproduzidas com o intuito de buscar elementos comuns. Assim, por exemplo, de acordo com Roxana Borges, “o sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres”⁵.

Anderson Schreiber, por sua vez, afirma que “a dignidade da pessoa humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana”⁶.

Já Ingo Wolfgang Sarlet define dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte

2 NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.228.

3 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista trimestral de direito civil*, ano 2, v. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.3; SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.18.

4 REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: Juspodivm, 2011, p.42.

5 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.

6 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p.8.

do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷.

Antonio Junqueira de Azevedo chama atenção para a existência de duas teorias diferentes quanto ao conteúdo da dignidade da pessoa humana. Uma delas, que ele julga inadequada, a funda na capacidade racional do homem. A segunda, ao revés, encontra seu fundamento “na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem”⁸.

Por conta desta duplicidade de sentidos é que, afirma o autor, muitas vezes o mesmo texto constitucional é usado como fundamento tanto para permitir como para proibir, práticas tais quais o aborto, eutanásia, pena de morte e manipulação de embriões⁹.

Bruno Weyne, criticando a recepção ontológica da dignidade da pessoa humana, pela qual a doutrina costuma considerar desnecessário a sua demonstração, bastando a sua afirmação, afirma que em tal perspectiva ela costuma ser concebida como “atributo intrínseco ao ser humano, isto é, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana e, precisamente por isso, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”¹⁰.

As definições do que é o princípio da dignidade da pessoa humana, como se pode notar, se baseiam em características extremamente abstratas, como sentimentos, essência e realização da pessoa humana. Não se tem aqui crítica à realização de definições de tal jaez; em verdade, não poderia ser diferente. A despeito da dificuldade de formação de concepção ontológica sobre a dignidade da pessoa humana, a tentativa de alcançá-la constitui substrato importante para a sua realização.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.37.

8 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista trimestral de direito civil*, ano 2, v. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.5.

9 AZEVEDO, op. cit., p.7.

10 WEYNE, Bruno Cunha. As dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana. *Direito Público*. v. 32. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.68-69.

Esta dificuldade em alcançar definição ontológica da dignidade da pessoa humana, deixa ainda mais patente a necessidade de sua análise diante do caso real para que se possa dar a sua realização em concreto. Apresenta, entretanto, dificuldade a constatação prática da realização dessa dignidade.

Não parece suficiente a formulação de preceitos generalistas; deve-se buscar a realização da dignidade para cada caso concreto. Embora a dignidade seja atributo de todos os sujeitos, é possível que o seu conteúdo se forme de modo diferente para cada um dos indivíduos.

Por mais que seja possível e necessário realizar uma teorização, abstração, do conceito de dignidade da pessoa humana, a sua efetivação, sua concreção, dependerá de cada situação individual em que ela seja posta à prova.

As dificuldades de uma formulação ontológica de dignidade da pessoa humana, somado ao seu uso prático como se tal noção ontológica fosse facilmente alcançável, apenas contribui para o uso de modo indevido e inflacionário deste princípio, muitas vezes sendo utilizado como mero instrumental retórico para fundamentar decisões até mesmo contraditórias¹¹.

Também contra a ideia de uma concepção meramente ontológica de dignidade da pessoa humana, especialmente aquela de base teológica, se manifesta Ulfried Neumann, para quem tal busca levaria à perda da força normativa e, por conseguinte, da força protetiva de tal princípio¹².

De acordo com o mesmo autor, embora não infenso a críticas, “a alternativa a um modelo ontológico é uma concepção na qual a dignidade humana não seja compreendida substancialmente, mas de modo relacional; na qual a dignidade não resida na pessoa, mas na interação entre pessoas”¹³.

É necessário ter em vista que a simples definição da dignidade da pessoa humana não é suficiente para a sua plena efetividade. Não existe ser humano abstrato. Assim, só se pode chegar ao real conteúdo da dignidade da pessoa humana diante do sujeito concreto e não de uma abstração do que seria um sujeito padrão. Alcançar o entendimento do que é dignidade deve passar pela consideração “das circunstâncias sociais e do próprio sentimento de dignidade que cada pessoa tem a respeito de si mesma”¹⁴. Tem-se que levar em conta que “a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano”¹⁵.

11 Ibidem, p. 79.

12 NEUMANN, op. cit., p.239.

13 Ibidem, p.239.

14 BORGES, op. cit., p.16.

15 SARLET, op. cit., p.18.

É nesse sentido que Häberle afirma que

Dignidade humana, compreendida científico-culturalmente, é interpretada, num primeiro passo, como ‘bem jurídico-constitucional’ de primeira grandeza, mediante auxílio da fórmula-objeto de Dürig. Num segundo momento, ela é concretizada jurídico-pragmaticamente de modo científico-experimental e com base nos exemplos recolhidos da casuística dos casos concretos (‘tese dos dois passos’ — *Zweischritt-These*)¹⁶.

Sua garantia se dá, portanto, levando em conta dois momentos. Um primeiro, que trata da sua garantia formal e reconhecimento como bem inerente a todo indivíduo, e um segundo, que é o da sua concreção com base nos casos concretos, envolvendo cada indivíduo com suas especificidades.

Destaque-se que não apenas a dignidade, mas a própria compreensão do que é pessoa humana

está situada em sua concreção social e histórica, a que é perspectivada compositamente da perspectiva da subjetividade e da objetividade histórica, o ser enquanto realidade histórica e idealidade, visualizado, enfim, na incindível unidade de sua dimensão social e existencial¹⁷.

Essa necessidade de concreção, vale destacar, se encontra alinhada com o princípio da operabilidade, que é uma das diretrizes fundamentais do Código Civil de 2002, devendo se fazer presente em toda a sua aplicação¹⁸.

A aplicação da concretude, entretanto, como aponta Judith Martins-Costa, vai além da ideia de mera individuação. Em verdade

o termo ‘concreção’ designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) em *sua correlação* com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, ou postulados normativos e as regras jurídicas consideradas relevantes para aquele caso. Por essa razão,

16 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.101.

17 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.182.

18 REALE, MIGUEL. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.41. No mesmo sentido, tratando especificamente da concreção dos lucros cessantes: MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coords). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p.572.

concretizar implica *sopesar* os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adota uma *atitude de ordenação e de estabelecimento de relações* compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa¹⁹.

Nota-se pelo texto transcrito que a concreção envolve a consideração tanto dos elementos normativos, como dos elementos fáticos. Não significa, portanto, que a busca pela concreção do princípio da dignidade da pessoa humana deva desprezar a busca da sua ontologia, mas sim que deve, também, ela ser interpretada levando em conta as especificidades do caso concreto.

A concreção, como acima exposta, da dignidade da pessoa humana, acredita-se aqui encontra seu caminho de realização pautada na própria noção da individualidade de cada sujeito.

3. PADRÕES E INDIVIDUALIDADE: MUDANÇA PARADIGMÁTICA

A defesa da autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana, passa pela consideração da necessidade de tratar o próprio sujeito como ser concreto e não ente abstrato. Assim, a falta de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana é, muito em parte, derivada da falta de concreção no trato à pessoa. Ainda hoje se tem o tratamento da pessoa dentro de padrões genéricos, cuja origem moderna data dos ideais liberais do século XIX.

Tome-se, por exemplo, a figura do *bonnus patter familiae*, corriqueiramente utilizada nos textos de Direito Civil. A abstração do sujeito, em que pese ser útil e necessária para a constituição das normas jurídicas, não pode levar ao esquecimento da necessidade de sua análise diante do fato real.

Ademais, os padrões ainda utilizados hodiernamente no Direito Civil partem de abstração do sujeito que se baseia em ideologia falseada de igualdade entre os indivíduos. Essa, aliás, uma das bases da própria Revolução Francesa, no seu tão conhecido lema que pregava “igualdade, liberdade e fraternidade”. A aclamação da igualdade entre os indivíduos encontrava sua base no que a doutrina se refere como sendo a ideologia da sociedade, de acordo com a qual seria o corpo social composto por cidadãos iguais²⁰. Só que, como se sabe, todos eram iguais, desde que todos fossem burgueses²¹.

19 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.486.

20 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.276.

21 WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.628.

O que se desenvolveu nesse momento, portanto, foi não a igualdade material, mas meramente a igualdade formal. Como resposta aos desmandos do absolutismo, o que se fazia necessário era o tratamento igualitário de todos pela lei. O problema consiste justamente no fato de que tal tratamento, presumindo igualdade inexistente, termina por agravar ainda mais a situação de desvantagem de qualquer sujeito que, por alguma circunstância, se encontra materialmente numa situação de inferioridade. Há que se reconhecer que não há na sociedade apenas um único padrão ideal de sujeito para quem será aplicada a norma, mas sim a existência de uma pluralização da subjetividade jurídica²².

Aos poucos, entretanto, vem sendo superado esse paradigma, com o reconhecimento da individualidade dos sujeitos e, por conseguinte, com a necessidade de tratamento legal diferenciado que atenda à demanda pela igualdade material. Mostra-se essencial a consideração do sujeito em concreto para que se possa falar verdadeiramente de igualdade. A construção da igualdade passa pelo reconhecimento das desigualdades²³, o que só pode ocorrer a partir também da aceitação do sujeito em sua individualidade.

A desigualdade material, aliás, é reconhecida em diversos momentos pelo próprio Código Civil. A título de exemplo, nos contratos, quando se reconhecem figuras como a lesão e o estado de necessidade, que possibilitam posterior modificação da situação contratual²⁴.

A despeito disso, a história da humanidade demonstra como muitas vezes o reconhecimento da diferença se apresenta apenas como modo de segregação. Isto fica patente no tratamento dispensado ao louco, visto como diferente, anormal e, portanto, despido que deve ser da sua capacidade jurídica. Processo esse que, aliás, objetiva também a sua desqualificação enquanto sujeito de direito²⁵. Situação essa de inferiorização formal que, aliás, até pouco tempo era também reservada à mulher casada no ordenamento jurídico brasileiro.

O reconhecimento da individualidade do sujeito, para além destes grandes grupos, o que em si já é um avanço, é apenas uma etapa que pode ser realizada pelo legislativo, mas não alcança ainda a plenitude da individualização, o que só pode ser constatado diante do caso concreto. É que a realização da dignidade se

22 MARTINS-COSTA, 2008, p.481.

23 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.286.

24 *Ibidem*, p.295.

25 FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.63. "A 'interdição' constituía a medida judiciária pela qual o indivíduo era, parcialmente ao menos, desqualificado como sujeito de direito".

dá de modo diferente para cada sujeito, dependendo de fatores vinculados à sua vivência pessoal.

Se é verdade que o reconhecimento de minorias enquanto individualidades que diferem do *bonnus patter familiae* é um avanço no padrão protetivo da dignidade da pessoa humana, é também verdade que não é em si suficiente para sua realização. Só é possível desvelar no que consiste a dignidade da pessoa no caso concreto, até mesmo se for o sujeito um dos que abstratamente se encaixaria no padrão tradicional e legalmente mais favorecido da maioria.

Sustenta-se tal teoria na relação imbricada entre dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, no caso, mais precisamente, direito à intimidade. É o que Hannah Arendt e Celso Lafer, citados por Maria Isabel de Azevedo Souza se referem como sendo o princípio da exclusividade, que tutela o aspecto da intimidade e do direito de estar só do indivíduo²⁶. É da esfera íntima do sujeito a análise de como se realiza a sua dignidade. Claro que este preenchimento deverá se dar dentro dos limites teóricos do que se considera que tutela a dignidade, mas, dentro de tais limites, não há que ser imposto ao sujeito o que é uma vida digna. É necessário garantir ao sujeito o direito de construir sua identidade frente ao nivelamento social do mundo contemporâneo²⁷.

Destaque-se que com isso não se quer defender uma busca pela individualidade desprovida da consideração do outro, mas sim deixar claro que a realização da dignidade deve levar em conta o equilíbrio entre as necessidades do indivíduo e aquelas da sociedade²⁸.

Essa definição da dignidade pelo próprio sujeito, baseada na construção da individualidade a partir da liberdade, é ato que passa, claramente, pela sua autonomia.

4. O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONCREÇÃO DA DIGNIDADE: O CASO DO MAIOR INCAPAZ

Como já afirmado, pretende-se, nesse texto, apontar como a autonomia privada pode ser um elemento de concreção da dignidade da pessoa humana. Sobre tal afirmação, entretanto, cumpre realizar alguns esclarecimentos prévios. Não se defende aqui que a autonomia é elemento essencial para a realização da dignidade. Assim o fosse, estariam os incapazes automaticamente expurgados da condição de detentores da dignidade humana, o que seria absurdo.

26 SOUZA, Maria Isabel de. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.308.

27 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.267.

28 HÄBERLE, op. cit., p.77.

O que se pretende demonstrar aqui é que a autonomia privada funciona como um elemento importante à concreção e promoção da dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte, deve-se ter atenção quanto às limitações realizadas à autonomia do sujeito. Isso porque se, por um lado, bem realizadas promovem a dignidade, por outro, limitações indevidas terminam por causar prejuízo à realização em concreto dessa mesma dignidade.

Com a consideração acima exposta atenta-se à dimensão dúplici da dignidade da pessoa humana,

que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo — e principalmente — quando ausente a capacidade de autodeterminação²⁹.

Feitas estas considerações, pode-se, enfim, ingressar em considerações iniciais sobre a autonomia.

A autonomia privada é princípio fundamental do Direito Privado e, por conseguinte, do Direito Civil. A despeito, ou talvez justamente por conta, dessa importância, é, assim como a dignidade da pessoa humana, termo polissêmico. Encontra-se por vezes relacionada como sinônimo de autonomia da vontade, noutros momentos vista como o poder do indivíduo em criar normas para si, ou ainda confundida com a própria iniciativa privada³⁰.

Não há consenso quanto ao conteúdo da autonomia privada. Embora, indiscutivelmente, trate do valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito³¹, é por alguns identificada com a liberdade humana ou um aspecto desta, enquanto outros a enxergam como verdadeiro poder de criar normas jurídicas³².

Talvez tamanha polissemia se deva ao fato de que tenha a autonomia privada sofrido transformações de ordem histórica até alcançar sua atual configuração³³. Transformações estas que, no dizer de Ana Prata, estiveram diretamente vinculadas à questão do modo de produção, adequando-se a noção de autonomia de

29 SARLET, op. cit., p.30.

30 FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Albolote: Comares, 2001, p.6.

31 NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (coord). *Contrato & sociedade*: vol. II. 2 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p.23.

32 FERRI, op. cit., p.36.

33 NALIN, op. cit., p.26.

acordo com as necessidades do sistema vigente³⁴. O conceito que se tem atualmente de autonomia privada, portanto, estaria diretamente ligado às condições históricas do capitalismo, mais precisamente do liberalismo econômico³⁵.

Justamente por esta razão é que a citada autora resolve realizar recorte para conceituar a autonomia na sua dimensão mais restritiva. Assim, não identifica autonomia privada com liberdade em sentido amplo, mas somente com um de seus aspectos, qual seja a liberdade negocial³⁶, podendo ser tomada como o “poder de criar normas negociais”³⁷.

Acredita a autora que tal concepção acaba por vincular a autonomia privada a um dos seus efeitos, que é a produção de negócios jurídicos, donde passa a se distanciar da ideia da liberdade do sujeito³⁸. Chega mesmo a afirmar que autonomia privada e liberdade poderiam ser considerados conceitos antinômicos, já que “na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de ‘liberdades’ qualitativamente muito diversas”³⁹.

A despeito da fundamentação colocada por Ana Prata, não se acredita aqui que liberdade e autonomia privada possuam papéis assim tão diversos, a ponto de poderem ser consideradas antinômicas. Primeiro porque a autonomia privada, ao menos no campo teórico, se situa como princípio derivado da liberdade em sentido amplo, guardando a ideia de liberdade econômica do sujeito.

Em segundo lugar porque, a despeito do uso concreto da autonomia privada como reflexo e ferramenta do sistema econômico vigente, acaba ela sendo elemento essencial para o próprio agir do sujeito dentro do mesmo sistema. Dito de outra forma, haverá séria dificuldade para o sujeito se realizar de modo pleno no sistema capitalista se for tolhido do uso da sua autonomia privada.

Pegue-se, por exemplo único e suficiente por todos por conta da sua abrangência, a questão do contrato. A realização de um contrato, levando em conta a sua classificação enquanto negócio jurídico, parte e depende da autonomia privada do sujeito.

Pense-se no caso do sujeito que, por qualquer causa de incapacidade, se encontra tolhido do uso da sua autonomia privada e, portanto, impossibilitado de

34 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. p.8

35 *Ibidem*, p.10.

36 *Ibidem*, p.11.

37 *Ibidem*, p.16.

38 *Ibidem*, p.23.

39 *Ibidem*, p.77.

contratar validamente. Este sujeito, claramente, estará eivado de realizar de modo independente boa parte das escolhas da sua vida. Dependerá para tal de outro sujeito ao qual se concedeu o direito-dever de zelar pela sua integridade. Incapacitado de contratar está, por consequência lógica, incapacitado de exercer boa parte da sua liberdade na atual sociedade.

É que o uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade na esfera negocial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta sociedade de consumo. Ou seja, a possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a *autonomia da pessoa*, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado⁴⁰.

Ingo Wolfgang Sarlet, citando decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, aponta a relação necessária por este afirmada entre dignidade e “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”⁴¹.

A dignidade, mais do que fundamento para indisponibilidade, funciona como garantia da liberdade de disposição⁴². Nesse viés, se faz necessário notar que as hipóteses da limitação desta em função da proteção da dignidade da pessoa humana, devem ser restritas e analisadas somente diante do caso concreto.

E diversas são as situações concretas que podem botar à prova os limites entre autonomia e dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, em questões como o direito à morte digna⁴³, eutanásia, aborto, pena de morte e manipulação de embriões⁴⁴, que, entretanto, não será explorada nesse texto.

A doutrina costuma apontar como limitações à autonomia privada a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes⁴⁵. Dada a natureza desse texto, que não permite tratar de todas as situações em que há limitação à autonomia que potencialmente afeta a dignidade do sujeito, realiza-se aqui recorte elegendo a

40 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.48-49.

41 SARLET, op. cit., p.22.

42 CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.260.

43 HÄBERLE, op. cit., p.100.

44 AZEVEDO, op. cit., p.7.

45 Com base no rol apresentado na já citada obra de Roxana Borges, p.55-68.

limitação da autonomia pela *lei*⁴⁶, mais precisamente da questão da incapacidade do sujeito que alcançou a maioridade, para analisar se tais limitações realmente buscam promover a proteção da dignidade da pessoa humana.

A teoria das incapacidades se baseia na ideia de que determinados sujeitos, por não possuírem algumas características predeterminadas pelo legislador, vinculadas geralmente ao seu estado individual⁴⁷, não teriam discernimento suficiente para tomar decisões válidas na esfera civil. Assim é que o Código Civil de 2002 elenca, nos seus artigos 3º e 4º, respectivamente, as causas de incapacidade absoluta e relativa. Estes sujeitos, ditos incapazes, sofrem uma limitação no exercício da sua autonomia.

No caso dos absolutamente incapazes, por se considerar que são sujeitos que não possuem em nenhuma medida o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, a limitação à autonomia se dá de modo mais grave, não sendo eles autorizados a praticá-los, dependendo para tal de um representante. Se o absolutamente incapaz realiza um ato pessoalmente, este ato é nulo.

Já em relação aos relativamente incapazes a limitação da autonomia se dá de modo menos severo. Estes sujeitos são autorizados à prática dos atos da vida civil, precisando, entretanto, para a perfeição da sua exteriorização da vontade, da presença de um assistente que supra a sua incapacidade. Caso realize o ato sem esse assistente, tem-se então um ato anulável.

Fica claro desta maneira que se retira dos incapazes a autonomia privada de modo total ou parcial, sendo ela conferida ou subordinada à autonomia privada de um terceiro, na figura do representante ou do assistente. Fundamentando-se na ideia da proteção do incapaz, já que não possuiria ele o entendimento necessário para a realização dos atos explicitados, submete-se ou vincula-se a sua vontade à de um terceiro, que se acredita seja mais habilitado a decidir, sempre no melhor interesse do incapaz.

Ao contrário dos menores, para os quais a incapacidade é a regra e a capacidade a exceção a ser obtida através da emancipação, para os maiores a capacidade é a regra, figurando a incapacidade como uma excepcional exceção à sua autonomia. Isto se dá pois, sendo a autonomia um direito fundamental relacionado à liberdade, deve-se observar o princípio da menor restrição possível aos direitos fundamentais⁴⁸. Até porque, como já afirmado, a interdição, mecanismo judicial utilizado para declarar a restrição ou inexistência da autonomia do maior

46 Lei aqui tomada em sentido estrito, de texto legal positivado.

47 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.152.

48 VÍTOR, Paula Távora. *A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.16.

capaz, não poucas vezes foi utilizada como meio para desqualificar o indivíduo da sua condição de sujeito de direito⁴⁹.

A despeito do ser humano muitas vezes se sentir confortável com o paternalismo, que o absolve do peso de tomar decisões sobre sua própria vida, preferindo delegá-las a alguém que o dirija⁵⁰, como o médico, o professor ou o padre, mesmo delegar as escolhas a alguém, já é alguma escolha. No caso do maior incapaz, ao revés, não há a possibilidade de querer manter para si o direito de realizar suas escolhas. Simplesmente lhe é retirada tal possibilidade, em maior ou menor medida, por determinação legal, em tese buscando a defesa dos seus próprios interesses.

A lei, como tem que ser, parte de uma concepção generalizante, fazendo com que os sujeitos que se enquadrem no rol de incapazes tenham a sua autonomia privada limitada. Por uma questão de segurança jurídica a sua autonomia privada é limitada para todo e qualquer ato, ou para um determinado conjunto de atos, aplicável a todo momento enquanto durar a causa de incapacidade⁵¹. Pouco facultativa a lei à análise do caso concreto, quando deveria diante de restrição tão severa propiciar mecanismos para que sejam aplicadas medidas adequadas a cada indivíduo (*tailored measures*)⁵²⁻⁵³.

A fundamentação da incapacidade se vincula à ideia da proteção da pessoa do incapaz⁵⁴. Serviria, portanto, como modo de promoção da sua dignidade. Entretanto, a solução legal é pela perda (ou limitação) do poder de autodeterminação em geral. Acontece que tal determinação não se dá somente em prol da defesa dos interesses do incapaz e da realização da sua dignidade, mas também da segurança jurídica. A título de exemplo, o que ocorre se, diante de um caso concreto, um ato praticado pelo incapaz não lhe causar qualquer prejuízo, pelo contrário, lhe for benéfico? A solução legal é que ainda assim tal ato será nulo. Este arranjo se realiza em nome da segurança jurídica, que teoricamente protege tanto o incapaz, como os sujeitos que com ele tratam. Assim, por um lado, quanto a um ato

49 FOUCAULT, op. cit., p.63.

50 KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é Esclarecimento? In: KANT, Immanuel: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.116.

51 Embora nem todo ordenamento parta desta linha de pensamento, havendo a possibilidade no argentino, por exemplo, de se reconhecer a validade do ato praticado pelo sujeito demente durante um intervalo lúcido. BORDA, Alejandro. La capacidad. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 174.

52 VÍTOR, op. cit., p.17.

53 TOBIAS, José W. La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p.200. Embora se deva destacar a necessidade de um correlato sistema de publicidade que permita identificar em que medida se dá a restrição da capacidade de cada sujeito.

54 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral* – vol. I. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.140; BORDA, op. cit., p.171.

praticado pelo incapaz que o prejudique, não se fará necessária qualquer prova do prejuízo, já que o simples fato do ato ter sido praticado por incapaz implica na sua nulidade ou anulabilidade. Por outro, gera segurança também àqueles que com o incapaz venham a tratar, pois sabem exatamente qual tratamento o ordenamento dá aos atos praticados por aqueles sujeitos em toda e qualquer circunstância.

Entretanto, nem sempre o ato praticado pelo incapaz lhe causará prejuízo. Independentemente de ter ou não consciência quanto ao benefício que lhe traz o ato que pratica, é perfeitamente possível que um incapaz pratique um ato com esta consequência. Como manter a ideia da incapacidade fundamentada na proteção, diante da prática pelo incapaz de um ato que lhe beneficia? O fundamento passa a ser, então, baseado mais na questão da segurança jurídica do que exatamente na proteção da pessoa do incapaz. Como se pretende proteger o incapaz em situações que sua própria atuação lhe cause prejuízo, mas ao mesmo tempo não se quer deixar os sujeitos que com ele venham a se relacionar numa situação de dúvida, opta-se pela aplicação da incapacidade em todas as situações.

Note-se, ademais, que a proteção do maior incapaz através da incapacidade é formada sobre bases primordialmente patrimoniais e não personalistas, que levariam à busca da concreção da sua dignidade. Muito do fundamento da incapacidade visa à proteção dos bens do incapaz, vide o modo como se encontra configurada no Código Civil de 2002 a do pródigo. Não se pode esquecer, entretanto, que mais importante do que a proteção dos aspectos patrimoniais do indivíduo está a proteção dos aspectos existenciais. E quanto a isso se pode encontrar situações em que este aspecto, vinculado à própria dignidade do sujeito, estaria melhor protegido se tivesse o incapaz mais do que a autonomia, a liberdade, para decidir sobre si mesmo.

É que os capazes nem sempre fazem julgamentos corretos. São, como todos os seres humanos, criaturas que na melhor das hipóteses estão tentando dar as melhores soluções possíveis dentro da limitação do seu conhecimento e experiência. A todo o momento as pessoas tomam decisões erradas nas suas próprias vidas, por vezes de modo consciente, noutras ainda inconscientemente. Um sujeito conversa no celular enquanto dirige e por conta desta desatenção atropela e mata alguém. Outro vende um imóvel por determinado valor para, pouco tempo depois, ver esse imóvel valorizar substancialmente.

Enfim, os erros são cometidos pelos capazes e pelos incapazes. É verdade que, no mais das vezes, os capazes terão melhores condições de discernir qual a melhor conduta a seguir. Mas e quando não é assim? E quando os capazes estão convictos de que uma decisão é a mais correta, mas ela em verdade afronta aspectos existenciais mais profundos do incapaz?

Embora a fundamentação da proteção tenha bases patrimonialistas, estes conflitos se tornam ainda mais sérios quando a limitação da autonomia constitui óbice à plena realização existencial do sujeito, impedindo o exercício dos seus direitos da personalidade e, por conseguinte, servindo não como modo de promoção, mas sim de não realização da dignidade da pessoa humana. É que a limitação da autonomia, por reduzir a independência do sujeito, termina por colocá-lo numa situação em que escolhas das mais íntimas, como aquelas vinculadas aos direitos da personalidade, fiquem submetidas ao julgo de outro sujeito. Ademais, a plena realização dos direitos da personalidade, depende não apenas da sua proteção negativa, mas também da possibilidade do seu ativo exercício, através da autonomia do sujeito, que resta claramente prejudicada no caso do incapaz.

A título de exemplo, aponte-se a situação hipotética de conflito em que os pais, seguidores de uma determinada religião, impõem-na através do seu poder familiar ao filho menor que com ela não sente qualquer afinidade. Ou ainda a situação dos sujeitos com problemas mentais, que já foram submetidos a procedimentos completamente desumanos a título de tratamento, apenas para que a história e a evolução das técnicas da medicina e psicologia mostrassem a inaptidão de tais tratamentos⁵⁵.

Ademais, ainda nos dias de hoje, não é infrequente encontrar notícias envolvendo descasos ou até mesmo abusos intencionais, contrários aos interesses do incapaz, por parte daquele que deveria ser responsável pela sua proteção. Abusos que começam já pela própria tentativa de impor indevidamente a incapacidade a sujeitos capazes. Tal situação é cada vez mais vivenciada especialmente pelos idosos, sob o falso pretexto da proteção, mas com o verdadeiro intuito de afastá-los da disposição dos seus bens⁵⁶, ainda que isso se dê a custo do sacrifício dos seus direitos da personalidade e dignidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, em que pese ninguém discuta sua importância e garantia como direito de todos os indivíduos, sofre, desde sempre, séria

55 A título de exemplo, na Europa no final do século XV ‘ainda inspirados nos princípios da medicina galênica, segundo os quais a doença resultava do desequilíbrio entre os quatro humores do corpo, os tratamentos destinavam-se a livrar os doentes de seus maus humores, sangrando-os até o ponto de levá-los à síncope, ou purgando-os várias vezes por dia até que de seus intestinos nada mais saísse senão água rala e muco’. Tratamento desumano que é igualmente encontrado no Brasil Império, já em meados do século XIX, em que ‘os doentes eram vítimas das camisolas de força, os jejuns impostos, as cacetadas, os maus tratamentos e até o assassinato’ e perdura até dias mais atuais. RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000, p. 25, 39 e 53.

56 ARMSTRONG, Diane G. *The retirement nightmare: how to save yourself from your heirs and protectors*. New York: Prometheus, 2000, p.21.

dificuldade quanto ao alcance de ontologia que lhe seja suficiente. Embora isso não deva ser desestímulo pela busca de definições para o citado princípio, revela, por outro lado, que dificilmente se encontrará definição que dê conta de explicitar em sua inteireza o que é a dignidade da pessoa humana.

Tal fato leva ao risco de uso desenfreado do princípio, como aliás vem sendo feito, o que termina por gerar um esvaziamento da sua força normativa. O uso do princípio como fundamento para situações das mais diversas, muitas vezes antagônicas, é a prova viva disso. Faz-se necessário, portanto, buscar elementos que possam servir como substrato para a sua concreção.

Esta concreção, defende-se nesse texto, só é possível quando se passa a respeitar o sujeito em sua individualidade e não como categoria abstrata. Em outras palavras, a dignidade há que se realizar para cada sujeito, tendo em conta as suas especificidades de vida, mas sem desprezar o seu caráter relacional com os demais sujeitos da sociedade.

A realização do sujeito enquanto indivíduo, por sua vez, encontra forte fundamento no atributo da autonomia. Buscou-se, a partir da abordagem da questão da incapacidade, demonstrar como a retirada em algum grau da autonomia do sujeito pode acabar por diminuir a possibilidade de sua realização plena. Por esta razão é que, destaca-se uma vez mais, tal limitação deve se dar levando em conta as especificidades do caso concreto.

Busca-se com isso afastar o lugar comum de que a dignidade da pessoa humana funciona como uma limitação para a autonomia. Ao revés, normalmente a realização da dignidade da pessoa humana passará justamente pela necessidade de garantir aos sujeitos o uso da sua autonomia, para que possa se realizar enquanto sujeito.

A regra é que a autonomia não se constitui como elemento que afronta a dignidade, mas sim como algo que ajuda a sua realização. A limitação da autonomia como forma de promoção da dignidade é exceção e deve ser tratada como tal.

6. REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, Diane G. *The retirement nightmare: how to save yourself from your heirs and protectors*. New York: Prometheus, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral* – vol. I. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista trimestral de direito civil*, ano 2, v. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

- BORDA, Alejandro. La capacidad. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Albolote: Comares, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é Esclarecimento? In: KANT, Immanuel: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coords). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (coord). *Contrato & sociedade*: vol. II. 2 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- REALE, MIGUEL. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOUZA, Maria Isabel de. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOBIÁS, José W. La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- VÍTOR, Paula Távora. *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra, 2008.
- WEYNE, Bruno Cunha. As dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana. *Direito Público*, v. 32. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CAPÍTULO II
AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO
DAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE E
A “CAPACIDADE PARA CONSENTIR”:
UMA NECESSÁRIA RUPTURA COM O REGRAMENTO
CIVIL DA (IN)CAPACIDADE JURÍDICA

Adriano Marteleto Godinho¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Autonomia privada como meio de desenvolvimento da personalidade — 3. O consentimento informado — 4. O consentimento dos incapazes: a insuficiência dos critérios legais e o apelo à “capacidade para consentir” — 5. Conclusões — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Questão das mais tormentosas, no âmbito do Direito Civil, da Bioética e das relações médico-paciente, consiste em apreciar os limites da autonomia privada quanto às intervenções que uma pessoa admite ou rechaça sobre seu próprio corpo. Para além das dificuldades de se estabelecer barreiras éticas e jurídicas em torno do tema, acrescenta-se outro percalço: a insuficiência das normas legais que o regem no ordenamento brasileiro.

Nesta seara, cumpre, de plano, estabelecer relevantes questionamentos: qual o papel da autonomia privada no domínio do direito ao próprio corpo? Quais elementos devem se fazer presentes para que se possa atestar que o paciente foi devidamente informado acerca das intervenções médicas sobre sua integridade física? E o que dizer da possibilidade de as pessoas incapazes poderem se manifestar pessoalmente sobre os atos médicos que devem ou não ser realizados sobre si?

O objetivo deste estudo consiste em apontar soluções válidas para estes problemas, com suporte nos princípios e regras aplicáveis. Cumpre, em primeiro lugar, demonstrar que a liberdade do indivíduo sobre seu corpo é, afinal, um meio de realização pessoal. Adiante, serão apontadas as balizas que preenchem

1 Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado. E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

o conteúdo do denominado “consentimento informado”, para, enfim, serem investigadas as situações em que caberá permitir que o próprio incapaz possa escolher, com fundamento em seus valores e interesses, quais intervenções médicas lhe pareçam adequadas.

2. AUTONOMIA PRIVADA COMO MEIO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Nascer e morrer — eis o ciclo inexorável da existência humana. Pelo caminho, situa-se o desenvolvimento físico, moral e espiritual das pessoas, seres em constante formação. É interminável a busca do homem pela realização pessoal, o que pressupõe, em larga medida, o reconhecimento da autonomia para a concretização dos seus interesses e volições.

Autonomia significa o direito ao exercício da própria liberdade pessoal, livre de interferências arbitrárias ou injustificadas.² Esta autonomia, contudo, consiste em figura tradicionalmente pensada e aplicada aos negócios jurídicos de cunho eminentemente patrimonial. Daí a necessidade de progressos neste domínio: reduzir o regramento que as pessoas podem atribuir a si mesmas à troca de riquezas seria apear a própria ideia de liberdade e de dignidade.

Há que conceber a autonomia não apenas como meio de se obrigar pecuniariamente, mas também de se desenvolver e realizar a própria personalidade. Para tanto, a liberdade para atuar no campo dos direitos da personalidade é fundamental. A simplificada noção formulada por Josefina Del Río, para quem a autonomia “*consiste na possibilidade de que os sujeitos possam tomar decisões livres e conscientes sobre sua própria pessoa e seus bens*”, tem, a propósito, o mérito de ampliar a liberdade de atuação do indivíduo para além da disposição do seu patrimônio.³ Se a cada indivíduo cabe reconhecer a prerrogativa de ser e de tornar-se o que bem entender, a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de facultar a cada pessoa modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios.

Em sede da personalidade humana, do seu desenvolvimento e dos direitos que a compõem, portanto, avulta a importância da autonomia privada: é por meio dela que, em larga escala, se pode concretizar a realização da personalidade dos seres

2 BAGARIC, Mirko. *Euthanasia: patient autonomy versus the public good*. University of Tasmanian Law Review, v. 18, n. 1, 1999, p. 149-150. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

3 DEL RÍO, Josefina Alventosa. El derecho a la autonomía de los pacientes. In: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio et al (org.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luiz Díez-Picazo*. t. 1. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 173.

humanos. Afinal, como conclui Menezes Cordeiro⁴ acerca do tema, os direitos da personalidade, entre os quais se situa o direito ao próprio corpo, “*representam, como quaisquer outros direitos subjetivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário. Nessa qualidade, eles implicam disponibilidade*”.

Com suporte nestas primeiras concepções, proclama-se, desde logo, um postulado indispensável: a pessoa não é prisioneira de si mesma, inclusive no que tange às condutas que recaem sobre seus direitos da personalidade, nomeadamente sua integridade física. O corpo humano é substrato da existência das pessoas naturais, é o suporte físico da personalidade e dela é, portanto, atributo indissociável. Mas a autonomia privada, instrumento de concretização das liberdades individuais, permite, ainda que com restrições, que as pessoas se determinem um próprio estatuto e, com isso, se afirmem enquanto seres singulares. Por isso,

*“reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação ou autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, auto-realização e felicidade, reduz-se, então, o homem à mesma categoria dos seres irracionais, que devem ser controlados, ordenados, tangidos, cercados — como objetos, não como sujeitos”*⁵.

Rompe-se, desde logo, com toda ideia excessivamente paternalista (a permitir ao Estado intervir vigorosamente sobre as liberdades individuais em nome de uma suposta proteção das pessoas)⁶ e minimalista (a reduzir drasticamente o al-

4 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1, t. 3. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115.

5 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

6 Luís Roberto Barroso oferece seu contributo quanto ao sentido a conferir à noção de paternalismo: “O paternalismo jurídico é um princípio que justificaria a constrictão de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) o moralismo jurídico: a.1) em sentido estrito: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) em sentido amplo: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o princípio do benefício aos demais: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o perfeccionismo: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o moralismo jurídico paternalista: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo

cance da autonomia privada) em torno das intervenções que cada indivíduo admite ou rejeita sobre seu próprio corpo. Sem que se reconheça às pessoas algum espaço de liberdade sobre o direito à integridade física, se lhes nega, afinal, uma característica que é própria da natureza do homem: a necessidade de se afirmar enquanto ser único e irrepetível. A autonomia para as escolhas que pautam a existência de uma pessoa, mormente no âmbito dos direitos da personalidade e da bioética, em geral, e da disponibilidade do próprio corpo, em particular, é um meio de se preservar a identidade de cada indivíduo, que vive em torno dos seus princípios: não se pode negá-los sem negar a si mesmo.⁷

3. O CONSENTIMENTO INFORMADO

Da noção da autonomia privada enquanto instrumento de desenvolvimento e realização da pessoa, resulta que cada indivíduo pode atuar com liberdade quanto ao exercício dos seus direitos da personalidade. Neste domínio, especificamente no que toca ao direito ao próprio corpo, dois horizontes se descortinam: em algumas situações, o próprio indivíduo atua sobre sua integridade física; noutras, pode a pessoa, por meio de declaração livre de vontade, permitir que terceiros venham a agir sobre seu corpo, pressupondo-se aí a presença de uma relação jurídica interpessoal.

Verificada esta derradeira hipótese — muito comum em circunstâncias em que a pessoa assente com que terceiros intervenham sobre seu corpo —, torna-se imprescindível o estudo dos aspectos jurídicos que circunscrevem o consentimento do titular do direito da personalidade em questão.

Esclareça-se, antes de mais, que consentir significa aquiescer, concordar. Quanto às intervenções corporais, implicará a autorização para que outras pessoas — nomeadamente os profissionais da saúde — possam agir na esfera físico-psíquica de alguém, seja em benefício próprio ou alheio.⁸ Trata-se, pois, de verificar de que maneira os pacientes podem manifestar seu consentimento quanto à prática de atos médicos.

Cumpre referir, a propósito, que o emprego da consagrada expressão “relação médico-paciente”, doravante aludida, não é excludente das relações jurídicas

moralmente melhor” (BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2012, p. 13).

7 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. The right to bioethical self-determination in the charter of fundamental rights of the European Union. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXX. Coimbra, 2004, p. 632.

8 RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 24.

mantidas pelo paciente com outros profissionais da saúde, como enfermeiros e dentistas. A referência estrita ao médico se justifica por ser ele o profissional responsável pela realização das mais impactantes e invasivas intervenções sobre a integridade física dos seus pacientes. Por isso, embora nas considerações doravante delineadas continue a prevalecer a alusão aos médicos, entenda-se que a expressão deverá ser interpretada extensivamente.

No âmbito das relações entre médicos e pacientes, o “consentimento informado” — expressão cunhada para identificar que a declaração de vontade do paciente é externada de forma livre e devidamente esclarecida — é a expressão da autonomia que se lhes confere para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, com base nas informações que lhes são prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos a seguir. Desde logo, cumpre afirmar que a declaração do paciente no sentido de consentir com o ato médico é obrigatória, qualquer que seja a magnitude da intervenção e os procedimentos e riscos que ela implica.

Malgrado não haja no ordenamento jurídico brasileiro qualquer alusão expressa ao termo “consentimento informado”, é certa a consagração da noção de que o paciente é livre para optar pela realização ou pela recusa a quaisquer tipos de tratamentos ou intervenções médicas. Há, a propósito, precedentes legislativos que confirmam esta assertiva:

- Cabe referir, inicialmente, aos termos do art. 15 do Código Civil, que estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica;
- Também o Código de Defesa do Consumidor exige a prestação de esclarecimentos ao consumidor, em diversas disposições, destacando-se o art. 14, que impõe ao fornecedor de serviços a responsabilidade por prestar informações insuficientes e inadequadas;
- Finalmente, encontra-se referência ao consentimento informado na Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, cujo art. 17 assegura, especialmente às pessoas maiores de sessenta anos, o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhes for reputado mais favorável.

Exatamente por faltar conceituação legal específica no Brasil sobre o consentimento informado, a identificação do seu significado fica legada à tarefa hermenêutica. No entanto, é possível obter da Lei nº 3/2001, promulgada na Comunidade Autónoma da Galícia, na Espanha, um conceito abrangente de consentimento informado, que seria, em tradução livre, a conformidade expressa do paciente, manifestada por escrito, mediante a obtenção da informação

adequada, para a realização de um procedimento diagnóstico ou terapêutico que afete a sua pessoa e que comporte riscos importantes, notórios ou consideráveis. Para além disso, a lei enuncia expressamente que a prestação do consentimento informado é um direito do paciente e um dever do médico.⁹

Juridicamente, o consentimento informado não deixa de ser também uma decorrência da boa-fé, que deve nortear toda e qualquer relação contratual, inclusive aquela travada entre médicos e pacientes, o que impõe a ambos, em especial aos primeiros, uma obrigação de transmitir ao co-contratante, com transparência e lealdade, as informações relevantes de que dispõem. Firmar a natureza contratual do vínculo jurídico estabelecido entre médicos e pacientes, aliás, é de fundamental relevância para estabelecer o regime jurídico a ele aplicável. Não cabe dizer, apesar disso, que o dever de informar adequadamente ao paciente, assumido pelo médico, deriva apenas do fato de entre eles subsistir uma relação de ordem contratual. Há que pensar, num primeiro plano, na própria incolumidade do paciente, componente do seu direito à integridade física e moral. Em função disso, é possível atestar que a obrigação atribuída ao médico de não intervir sobre o corpo do paciente sem o devido consentimento deste é preexistente ao surgimento do elo negocial que os une; assim, “*o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o ato médico*”.¹⁰

Importa considerar que o paciente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, precisamente por ignorar os aspectos técnicos da medicina. Sendo o consentimento informado a expressão da vontade do paciente, exige-se que ele tenha plena consciência sobre a natureza dos procedimentos propostos e os riscos que lhes são inerentes, quando poderá, se for o caso, emitir a autorização para a prática do ato médico. Tal autorização se dá por meio da assinatura do Termo de Consentimento Informado, que deve conter, em linguagem acessível ao paciente, as informações indispensáveis à formação da sua livre convicção. Ao lançar sua assinatura no referido instrumento, o paciente declara estar ciente do seu inteiro teor, assumindo livremente os riscos nele indicados.

O que interessa é o conteúdo das informações prestadas ao paciente, que deve ter ciência de todos os riscos que o tratamento ou cirurgia normalmente representam. Ao paciente (ou a quem possa por ele responder, caso o próprio

9 DEL RÍO, Josefina Alventosa. *El derecho a la autonomía de los pacientes*. Op. cit., p. 178.

10 OLIVEIRA, Guilherme. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In: *Temas de Direito da Medicina* 1. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 63.

esteja impossibilitado de fazê-lo) é apresentado um termo circunstanciado, a indicar todas as informações relevantes para o caso. No âmbito do dever de informar, é relevante que se contenham os seguintes aspectos:

- Prenome e sobrenome tanto do paciente quanto do médico informante;
- Nome e características essenciais do procedimento a realizar;
- Explicação cabal sobre os benefícios físicos e psíquicos que razoavelmente se podem esperar da intervenção e sobre as consequências da denegação, respeitando-se as circunstâncias pessoais do paciente (seu histórico médico, estado de saúde e a existência de fatores agravantes);
- Os riscos significativos em condições normais (o que pode ser aferido, inclusive, por estimativas);
- Prováveis complicações, índices de mortalidade e possíveis sequelas;
- Eventuais alternativas ao tratamento proposto, surgindo, aqui, uma espécie de complemento ao consentimento informado: a “*escolha informada*”¹¹, que atribui ao paciente informações relevantes sobre todos os meios de tratamento passíveis de conduzir a intervenção aos melhores resultados possíveis;
- Explicação sobre o tipo de medicação exigível para a intervenção e seus riscos;
- O custo do tratamento (somente dispensável se a informação estiver prevista em outro documento, como um contrato celebrado entre as partes);
- As contraindicações existentes;
- A possibilidade de revogação do consentimento em qualquer momento anterior à intervenção;
- A satisfação do paciente pela informação recebida e o afastamento de todas as suas dúvidas;
- Assinatura do médico, paciente e testemunhas (se houver), além da rubrica em todas as páginas, embora não se trate de um requisito formal de validade, servindo esta exigência como um meio de assegurar a fidedignidade das informações apostas no documento;

11 Informa André Gonçalo Dias Pereira que esta noção da “escolha informada” (“*informed choice*”) encontra respaldo na legislação da Nova Zelândia, que exige a explanação ao paciente das opções possíveis, incluindo os riscos, benefícios, efeitos colaterais, custos e outras informações de relevo (PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Op. cit., p. 447).

- É conveniente a indicação da possibilidade de verificação de outros riscos, embora imprevisíveis, o que dará ao paciente a dimensão de que as informações que lhe foram prestadas dizem respeito às consequências *regulares* do tratamento.

Em formulação mais concisa, proposta por André Gonçalo Dias Pereira,¹² pode-se afirmar que a validade do consentimento prestado pelo paciente parte dos seguintes elementos mínimos:

- Que o paciente tenha capacidade para consentir;
- Que o paciente tenha recebido informação suficiente sobre o tratamento proposto;
- Finalmente, que o paciente tenha liberdade de manifestar sua vontade, livre de quaisquer vícios que a maculem.

Dentre estes três aspectos, cabe desenvolver, com acuidade, a ideia de que o paciente tenha a devida “capacidade para consentir”.

No tocante ao tema, é imprescindível a averiguação do regime que o Código Civil brasileiro confere à matéria. De acordo com o art. 5º do diploma, a capacidade é atingida aos 18 anos completos ou pela emancipação, nos casos descritos pelo parágrafo único do mesmo dispositivo. Por vezes, contudo, o critério etário é insuficiente para aferir a capacidade, devendo ser considerados outros parâmetros, ligados à noção do discernimento do agente. Assim é que os arts. 3º e 4º do Código Civil, para além de vislumbrarem a proteção dos menores, também qualificam como incapazes, entre outras hipóteses, as pessoas que sofrem de enfermidades ou deficiências mentais e os ébrios habituais e viciados em tóxicos, cogitando-se até mesmo a hipótese da incapacidade transitória, como pode ocorrer com pacientes que estejam desacordados, em coma ou em estado de choque.

Aplicando-se estas noções estritamente às relações médicas, o rol dos incapazes descritos nas disposições legais referidas apenas não alcança os pródigos, uma vez que sua condição de perdulários apenas os priva da prática pessoal de atos jurídicos de conteúdo patrimonial, o que não se passa quando o que está em causa é a vida, a saúde ou a integridade física do paciente. Para todos os demais casos de incapacidade, portanto, em princípio é necessário obter o consentimento dos representantes legais, que podem ser os pais, tutores ou curadores.

¹² O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXVI, 2000, p. 129-130.

Ocorre, contudo, que em se tratando dos direitos à vida, à saúde e à integridade física de incapazes, será necessário apelar para uma lógica diversa, em que o abandono das regras tradicionais sobre a capacidade civil consistirá no único meio de se preservar os interesses destas pessoas. É o que se propõe tratar no próximo e derradeiro item deste trabalho.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE E O CONSENTIMENTO DOS INCAPAZES: A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS E O APELO À “CAPACIDADE PARA CONSENTIR”

O ponto de partida para a legitimidade das intervenções de terceiros sobre o corpo humano é o consentimento, que deve ser devidamente esclarecido, como se apontou, e que é decorrência da ideia mesma de autonomia privada. Afinal, o melhor juiz sobre as decisões a tomar sobre a integridade física é o seu próprio titular, a quem compete manifestar seu querer de maneira livre, ao aceitar ou rejeitar determinadas intervenções conforme lhe pareçam ou não satisfatórias e adequadas.

Outra lógica se revela, contudo, quando a pessoa em questão for incapaz. Quanto às intervenções sobre o seu próprio corpo, cumpre definir, essencialmente, quem tem legitimidade para manifestar o respectivo consentimento.

Não é difícil supor, mormente em sede do direito à integridade física e ao corpo, quantas hipóteses desafiariam questionamentos delicados, nos âmbitos ético e jurídico, acerca da possibilidade de os representantes legais rejeitarem tratamentos fundamentais para a preservação da vida e da integridade física dos incapazes, ou mesmo de haver dissentimento entre a vontade dos pais e aquela declarada pelo próprio incapaz, com o fito de resguardar seus interesses. Em termos mais concretos, o que dizer da hipótese em que os pais de um incapaz refutam a prática de intervenções tão simples quanto uma mera transfusão sanguínea, ancorados em dogmas que sustentam a sua fé (e não necessariamente nas crenças do próprio incapaz, que, aliás, pode nem ter discernimento para tê-las)?

Quando se fala na capacidade para manifestar o consentimento, cuida-se, por óbvio, da capacidade de fato ou de exercício, posto não se colocar em xeque a capacidade de gozo dos incapazes quanto aos seus direitos da personalidade. As regras do Código Civil brasileiro quanto ao tema são claras. Absolutamente incapazes são as pessoas descritas no art. 3º e qualquer ato por elas praticado pessoalmente, em regra, será nulo, por força do art. 166, inciso I. Os relativamente incapazes, por sua vez, estão enumerados no art. 4º e os atos pessoalmente celebrados por eles, isto é, sem a presença de um assistente, serão anuláveis, segundo dispõe o art. 171, inciso II.

Assim, a seguir estritamente o regime geral das incapacidades e da representação legal que delas decorre, a resposta, a ser extraída do ordenamento brasileiro, seria simples: os incapazes estariam sujeitos a um regime de representação legal, disciplinada por institutos e regras próprias do Código Civil, como o poder familiar (arts. 1.630 a 1.638), a tutela (arts. 1.728 a 1.766) e a curatela (arts. 1.767 a 1.783). Isto significa, portanto, que a vontade do incapaz seria desconsiderada, em virtude de sua imaturidade ou ausência de discernimento. Por ele, se manifestariam com exclusividade seus pais, tutores ou curadores.

O problema que essencialmente se coloca é o estabelecimento de balizas à fixação das hipóteses em que cabe afirmar que uma pessoa, embora incapaz segundo as regras gerais do Direito Civil, possa pessoal e validamente manifestar o seu consentimento. Neste âmbito, o ponto de partida deve ser a proposta de se considerar a opinião do próprio incapaz, desde que este tenha *discernimento* suficiente para manifestá-la, por estar intelectualmente hábil a compreender as circunstâncias em que se encontra e decidir consoante os meios que lhe pareçam mais adequados para a salvaguarda dos seus interesses.

Para justificar esta ruptura com a normatização geral que disciplina a matéria, caberá partir não das regras ordinárias que regem a capacidade, mas dar abertura a uma especial *capacidade para consentir*, (também conhecida por *capacidade natural*): em se tratando de direitos da personalidade inerentes aos incapazes, pode-se afirmar, à partida, que caberá a eles a manifestação do consentimento, caso tenham discernimento suficiente para tanto.¹³

Em sede doutrinária, prevalece cada vez mais a tese de que somente cabe colher de um representante legal a autorização para a prática de determinado ato, ignorando-se a vontade do próprio incapaz, quando este não é intelectual ou psicologicamente capaz de compreender a extensão e a gravidade do comportamento que adota.¹⁴ Parte-se na direção de buscar identificar, enfim, se a pessoa que manifesta seu consentimento para a realização de um procedimento médico “*possui ou não a capacidade individual de representação e avaliação indispensável para uma decisão correta*”,¹⁵ cabendo atestar que esta ca-

13 É também o parecer de Heinrich Hörster: “*também os menores podem consentir numa limitação voluntária ao exercício dos seus direitos da personalidade quando possuírem, conforme a gravidade do caso concreto, uma capacidade natural suficiente para entender plenamente o significado do seu acto*” (HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270).

14 DEL RÍO, Josefina Alventosa. *El derecho a la autonomía de los pacientes*. Op. cit., p. 198.

15 FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, jan./jul. 2004, p. 91.

pacidade natural de avaliação, relacionada a dados objetivos, não é exclusiva das pessoas capazes.

A ideia de que aos incapazes se pode excepcionalmente conferir a capacidade para consentir não é, aliás, estranha aos textos de diplomas internacionais e ao ordenamento brasileiro. Em seu art. 12, nº 1, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança,¹⁶ adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, assim estabelece:

“Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”.

Em se tratando da adoção de menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estatui, em seu art. 28, § 1º, que

“sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada”.

No Código Civil brasileiro, também há preceitos que fazem alusão ao discernimento dos menores e à possibilidade de se levar em consideração sua vontade ou de se prestar relevância aos seus depoimentos. Segundo o art. 228, inciso I, podem ser admitidos como testemunhas os menores a partir dos 16 anos de idade; o parágrafo único do art. 1.860 admite que os maiores de 16 anos possam testar; já quanto ao exercício da tutela, o art. 1.740, inciso III determina que o tutor deverá proceder em relação ao tutelado como fariam os próprios pais deste, devendo ser ouvida a opinião do menor, se já contar doze anos de idade. Em todas estas disposições, verifica-se o reconhecimento de que determinados atos, embora praticados por incapazes, produzem regulares efeitos, posto que, em relação a eles, o menor já terá discernimento suficiente para compreender as consequências de sua conduta. São hipóteses, enfim, em que o ordenamento se depara com um *menor amadurecido*,¹⁷ incapaz para a prática dos atos da vida civil em geral, mas suficientemente maduro para decidir sobre seus direitos da personalidade.

Ao se reportar às limitações voluntárias dos direitos da personalidade de incapazes (embora realizado sob o prisma do direito à reserva da vida privada, a

16 UNICEF PORTUGAL. *A convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2013.

17 A doutrina do menor amadurecido (“*mature minor doctrine*”) é típica dos países do sistema da “*common law*” e aceita que um menor, mesmo que não emancipado, possa ter maturidade suficiente para escolher ou rejeitar tratamentos médicos por si, independentemente da concordância dos seus representantes legais.

lição se estende a todos os direitos da personalidade, inclusive o direito ao próprio corpo), Paulo Mota Pinto assim sintetiza a questão:

“Trata-se da limitação de direitos que tutelam bens pessoais, pelo que se exigirá, nomeadamente, o consentimento do próprio menor para a sua limitação, se ele já tiver maturidade suficiente para a avaliar. Da mesma forma, o incapaz poderá sempre opor-se ao consentimento prestado pelo seu representante, se tiver maturidade para avaliar o sentido e alcance desse consentimento”.¹⁸

Esta concepção especial é seguramente mais propícia à resolução da questão que a fria aplicação das regras gerais sobre a capacidade de fato ou de exercício, projetadas ao consentimento para a prática de atos e contratos de cunho patrimonial e, destarte, insuficientes no tocante aos atos ou negócios que envolvam, particularmente, os direitos de personalidade. Com efeito, a análise fria das regras sobre a capacidade e incapacidade previstas pelo Código Civil, se parece bastar para a validação de atos jurídicos de conteúdo patrimonial, não dá resposta cabal à possibilidade de tomar decisões médicas, por não atender à “*variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos menores e dos doentes psiquiátricos dos nossos dias*”.¹⁹

O recurso a este critério tem, em seu fundo, um viés teleológico: há que raciocinar sobre o sentido da representação legal dos incapazes, especialmente os menores. O que justifica o poder familiar que os pais exercem sobre seus filhos menores é o fato de se pressupor que tal poder consiste na melhor maneira de proteger os interesses dos incapazes; o poder familiar é, assim, conferido na medida do necessário para a proteção dos menores. É de se esperar, pois, que os pais, no exercício do poder familiar, procedam de maneira a fazer todo o necessário para salvaguardar a vida e a saúde dos incapazes submetidos a tal tutela.²⁰ Entretanto, à medida que os filhos crescem, vai-se tornando progressivamente desnecessária a atuação protetora dos pais,²¹ sendo esta a lógica que justifica, inclusive, o fato de o legislador civil permitir, em dadas circunstâncias, que os próprios incapazes possam praticar pessoalmente certos atos jurídicos.

18 PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge Figueiredo et al (org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, v. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 543.

19 PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004-2006. 2. v., p. 201.

20 ROMEO CASABONA, Carlos María. Libertad de conciencia y actividad biomédica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29.

21 OLIVEIRA, Guilherme. O acesso dos menores aos cuidados de saúde. In: *Temas de Direito da Medicina* 1. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 226.

Cabe apelar, portanto, à noção de discernimento do paciente, que diz respeito à “capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos”.²² Só se dispensa a oitiva do incapaz, enfim, quando este não estiver privado de qualquer discernimento quanto ao ato a ser praticado. É, em suma, o que defende André Gonçalves Dias Pereira:²³

“um incapaz de consentir é quem, devido à menoridade, debilidade mental, ou doença psiquiátrica não consegue apreender: a) qual o valor ou o grau que os bens ou interesses atingidos têm para si no caso de consentir; b) sobre que factos está a decidir; c) quais as consequências e riscos que podem decorrer da sua decisão; d) que outros meios existem para alcançar os mesmos objetivos, que eventualmente lhe causem menos danos”.

Apesar de ser possível delimitar certos critérios para avaliar quando se estará diante de uma pessoa civilmente incapaz que, não obstante, tenha pleno domínio da sua consciência, podendo ponderar sobre os riscos, benefícios e tratamentos adequados para preservar a sua saúde, a apuração deverá necessariamente ser casuística, ou seja, somente se poderá atestar o discernimento de um paciente tomando-se o seu caso individualmente. Conforme aduz João Vaz Rodrigues,²⁴ é crível que determinado enfermo, mesmo acometido por depressão grave, tenha a capacidade crítica minimamente necessária para se submeter a uma intervenção pequena e de riscos reduzidos; patologias como a depressão moderada, o defeito esquizofrênico leve, a sonolência e a deterioração senil sem demência, entre outras, podem não prejudicar o indivíduo quanto à manutenção de uma “capacidade razoável” para avaliar riscos e alternativas; e perturbações psíquicas muito ligeiras, como a depressão leve, a esquizofrenia em remissão e a debilidade mental marginal podem ser plenamente compatíveis com a “capacidade máxima” exigível para aceitar ou recusar legitimamente intervenções médicas necessárias, ainda que contra o parecer médico e a opinião dos familiares. Tudo dependerá, pois, da averiguação do nível de comprometimento do discernimento do incapaz e da natureza do tratamento médico a realizar.

Nas hipóteses em que o incapaz se revela apto a decidir, por si, sobre seus direitos da personalidade e suas eventuais limitações, dá-se prioridade ao seu discernimento, ainda que tal se dê em desconformidade com o consentimento que

22 PEREIRA, André Gonçalves Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Op. cit., p. 209.

23 PEREIRA, André Gonçalves Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Op. cit., p. 212.

24 RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Op. cit., p. 217.

pretendam declarar seus representantes legais. Situação diversa se coloca quando o incapaz é de todo desprovido de discernimento — por se tratar, por exemplo, de criança de tenra idade —, mas o consentimento dos seus representantes legais, de todo modo, puder ser contrário aos seus presumíveis interesses. A suposição desafia um problema de delicados contornos: o incapaz não é intelectualmente apto a manifestar sua vontade, mas aquela declarada por seus representantes é suficiente para impor ao representado uma perigosa alternativa para a preservação dos seus direitos da personalidade.

Não sendo possível colher o consentimento do incapaz, mas estando seus direitos da personalidade — sobretudo a integridade física e, ao menos mediatamente, a vida — em cena, é possível, segundo o parecer de Paulo Mota Pinto,²⁵ adotar

“uma solução semelhante à consagrada no artigo 3º, nº 2, da lei espanhola sobre tutela civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (Lei Orgânica nº 1/1982, de 5 de Maio): o projectado consentimento dos representantes deve ser antecipadamente comunicado ao Ministério Público, o qual se pode opor”.

Com efeito, embora no ordenamento brasileiro não se extraia direta e expressamente esta solução, ela será viável não apenas porque imporá cautela quanto à tutela dos direitos da personalidade de pessoas incapazes, mas também porque o art. 82, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece, entre as atribuições do Ministério Público, a intervenção “*nas causas em que há interesses de incapazes*”. Se necessário, portanto, o órgão ministerial pode propor ação e legar ao Poder Judiciário a tarefa de decidir pela preservação do consentimento manifestado pelos representantes ou por sua rejeição, desde que tal se revele conveniente para o resguardo dos prevalecentes interesses dos incapazes.

Assim, em determinadas circunstâncias, mormente quando a atuação dos pais quanto à autorização a ser prestada em nome dos filhos menores puder causar-lhes prejuízo irreversível, é admissível a supressão da declaração não prestada pelos representantes legais, o que é particularmente válido para os casos em que a denegação da permissão objetiva obstaculizar a realização de atos médicos, cuja não realização possa colocar os incapazes em situação de grave risco de morte. Se a necessidade terapêutica de preservar a vida dos filhos menores terá primazia sobre a escolha dos pais, não seria mais lógico, em tese, atribuir de imediato à equipe médica o direito de decidir, sem que se torne necessário colher a manifestação de quem quer que seja? Ainda que esta solução, vista sob uma

²⁵ Ibidem, p. 545.

perspectiva concreta, seja mais pragmática, a resposta deverá ser negativa. É imprescindível, quando menos, tentar contemporizar os interesses dos menores e o poder familiar, que deve ser respeitado, ao menos até onde tal conciliação for possível sem o sacrifício do núcleo duro de direitos indisponíveis.²⁶ Esta harmonização de dois valores constitucionalmente assegurados configura a melhor solução, ainda que, em casos extremos, os interesses superiores dos incapazes sejam resguardados, em detrimento da vontade dos representantes legais.

O apelo à capacidade para consentir, contudo, inevitavelmente abre espaço para a validade da perspectiva oposta: ao incapaz suficientemente maduro ou intelectual e psicologicamente apto a escolher sobre os cuidados a ter com sua saúde, deve ser reconhecida também a prerrogativa para *dissentir*. Se o critério a ter em conta é o discernimento, e se este discernimento pode ser considerado em alguns casos como manifestação de vontade válida para assentir com a prática de determinada intervenção médica, não há como rejeitar que também a decisão de recusar determinado tratamento, nas mesmas circunstâncias, será igualmente legítima. Conforme aduz André Gonçalo Dias Pereira,²⁷

“a recusa de certos tratamentos vitais, enquanto livre expressão da personalidade do indivíduo tem por fundamento precisamente a liberdade de consciência, de religião e de culto (...), seja numa perspectiva religiosa, seja agnóstica ou atea, mas sempre na liberdade de consciência”.

Ora, se o recurso à consciência de um incapaz ditar que a melhor solução para si, segundo seus valores, será a rejeição a certas intervenções médico-cirúrgicas, qualquer que seja a natureza delas, há que preservar, de igual modo, a manifestação de vontade do titular dos bens jurídicos em apreço. Assim, a título de exemplo, não se pode recusar a um menor de idade, já dotado de certa maturidade, o direito de escolher uma religião e, conseqüentemente, de comportar-se segundo seus preceitos. Não seria adequado, no caso, apelar às regras da capacidade negocial, previstas no Código Civil, e recusar validade à vontade declarada do incapaz, apenas porque este declarou seu dissentimento quanto à prática de um ato médico; fazê-lo significaria evidente ruptura sistemática: a capacidade para consentir somente seria reconhecida como um recurso justificado quando o paciente incapaz concordasse com sua submissão a um tratamento médico, mas já não seria adequada a utilização do mesmo critério em caso de dissentimento.

Precisamente por isso, há que adotar extrema cautela para aferir a capacidade para consentir. Para além disso, é imprescindível apurar se o eventual

26 OLIVEIRA, Guilherme. *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*. Op. cit., p. 231-232.

27 PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Op. cit., p. 247.

dissentimento do paciente incapaz, porém apto a consentir, deriva realmente de sua vontade, ou se não é fruto de coação exercida por seus representantes legais, nomeadamente por seus pais.

É certo que a concretização destas ideias é problemática e gera alguma insegurança, pois remete à capacidade natural do incapaz, que consiste em circunstância ampla e flexível, a ser apurada em cada caso concreto. A saída mais simples seria determinar que o representante legal devesse sempre se manifestar com exclusividade pelo incapaz, desconsiderando-se as volições deste. Entretanto, o que se deve buscar, muito além do que parece ser meramente cômodo, é o ético e o justo. Assim, quando se cogita da proteção a bens jurídicos como a vida, a saúde e a integridade física, competirá ao próprio titular destes direitos a primazia da escolha, e caso haja discrepância entre a vontade do incapaz e a opção de seus representantes, caberá ao Poder Judiciário, em última análise, dirimir a controvérsia.

5. CONCLUSÕES

A autonomia de cada indivíduo para governar-se é imprescindível para a sua realização pessoal. A liberdade conferida às pessoas, em particular, para atuarem sobre seus próprios direitos da personalidade — inclusive a integridade física e o corpo — torna-se um instrumento de desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.

No âmbito das relações médico-paciente, é fundamental reconhecer a liberdade do enfermo para decidir sobre quais intervenções lhe pareçam adequadas, segundo seu juízo e a partir da prestação das informações cabíveis sobre a natureza, os benefícios e os possíveis riscos esperados. Independentemente da magnitude do procedimento proposto, é crucial atribuir ao paciente a autonomia para firmar sua própria escolha.

Em se tratando de pacientes incapazes, contudo, apresenta-se uma delicada controvérsia: identificar a quem competirá a primazia na escolha dos tratamentos médicos a serem ministrados, sobretudo quando houver discordância entre a vontade do paciente incapaz e o consentimento de seus representantes legais.

A serem aplicadas as regras gerais do ordenamento jurídico brasileiro que regem o tema, caberia ao incapaz sujeitar-se à manifestação de vontade de seus pais, tutores ou curadores. Esta solução, todavia, poderá se revelar iníqua, mormente naqueles casos em que a escolha dos representantes legais acarretar riscos à saúde e à vida do paciente, que, por sua vez, pretende aceitar a realização das intervenções médicas propostas.

Para solucionar o dilema proposto, cabe apelar para a noção da “capacidade de consentir”, que, deixando à margem a incidência das normas legais que disciplinam o regime das (in)capacidades, recorre ao discernimento do paciente, ainda que incapaz: sempre que ele se revelar maduro e apto o suficiente para compreender a natureza do ato proposto e seus possíveis riscos e benefícios, competirá decretar o prevalecimento da manifestação de vontade do próprio enfermo, eis que, afinal, a escolha sobre submeter-se ou não a certos atos médicos poderá colocar em xeque os *seus* direitos da personalidade.

Esta perspectiva inaugura, portanto, uma nova via no universo da capacidade jurídica. O respeito à capacidade de consentir dos pacientes incapazes, ainda que desafie a árdua tarefa de identificar, em cada caso concreto, quais seriam as pessoas aptas a prestarem seu consentimento para a prática de atos médicos, se revela a solução mais coerente com a proteção que se deve deferir aos bens e interesses mais caros inerentes aos seres humanos: sua integridade física, seu corpo e, em última instância, sua vida.

6. REFERÊNCIAS

- BAGARIC, Mirko. Euthanasia: patient autonomy versus the public good. *University of Tasmanian Law Review*, v. 18, n. 1, 1999, p. 146-167. Disponível em: <<http://heionline.org>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2012.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. 1, t. 3. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- DEL RÍO, Josefina Alventosa. El derecho a la autonomía de los pacientes. In: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio et al (org.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luiz Díez-Picazo*, t. 1. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 173-205.
- FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, jan./jul. 2004, p. 67-115.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- OLIVEIRA, Guilherme. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In: *Temas de Direito da Medicina 1*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

- _____. O acesso dos menores aos cuidados de saúde. In: *Temas de Direito da Medicina* 1. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 225-252.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. The right to bioethical self-determination in the charter of fundamental rights of the European Union. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXX. Coimbra, 2004, p. 631-639.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004-2006. 2. v., p. 199-249.
- _____. O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXVI, 2000, p. 433-471.
- PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge Figueiredo et al (org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, v. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 527-558.
- RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Libertad de conciencia y actividad biomédica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 1-70.
- UNICEF PORTUGAL. *A convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2013.

AUTONOMIA E EMPRESA

Nadialice Francischini de Souza

Leandro Santos de Aragão

CAPÍTULO III

**LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA À
AUTONOMIA PRIVADA A FIM DE
EVITAR CONCENTRAÇÃO DE MERCADO**

Nadialice Francischini de Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A Autonomia Privada nas relações contratuais — 3. A concentração de mercado e a defesa a livre concorrência: 3.1 As Operações Societárias; 3.2 Concentração de Mercados Econômicos como Resultante das Operações Societárias; 3.3 A Defesa da Livre Concorrência. — 4. Formas de limitação da autonomia privada a fim de evitar concentração de mercado: 4.1 Necessidade da Restrição as Operações Societárias; 4.2 Limitação Administrativa à Autonomia Privada. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É muito comum em direito ouvir a seguinte máxima: os entes públicos somente podem fazer o que permitido em lei, enquanto os entes privados podem fazer tudo o que a lei não lhes proíba. Tal afirmação deriva da aplicação do princípio da autonomia privada, que é a possibilidade que o indivíduo tem de se auto regular, de se auto determinar.

Ela tem sido objeto de estudo em diversos ramos do direito, tais como o Biodireito, os Direitos Fundamentais, mas é nas relações contratuais que a questão da autonomia privada ganha espaço, principalmente porque os contratos sempre foram vistos como o instrumento resultante da vontade das partes e nele não se pode modificar.

Contudo, em algumas relações jurídicas há previsão de limitações ao princípio da autonomia privada, ou com a finalidade de buscar um reequilíbrio entre as partes contratantes, como por exemplo, nas relações de consumo e relações trabalhistas; ou com o fim de evitar que da relação jurídica tenha decorrido um comportamento socialmente indesejável, como no caso das relações econômicas.

Neste último exemplo, a maior preocupação é com a concentração de mercado e a ofensa a livre concorrência. Essa pode resultar comumente de contratos de

1 Advogada, Docente, Doutoranda em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela UFBA, Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA, Especialista em Direito Empresarial pela UFBA.

fusão e incorporação firmados por sociedades com a intenção precípua de reorganizar a sua estrutura interna.

Uma das formas de limitação da autonomia privada a fim de evitar a concentração de mercado é a atuação administrativa do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com previsão na Lei nº 12.529/2011, que entrou em vigor em maio de 2012, revogando a Lei nº que revogou a Lei nº 8.884/94.

Sob a égide da nova lei, até maio de 2013, o CADE já havia apreciado administrativamente 250 atos de concentração dos 262 comunicados neste período, ou seja, 95,4% dos casos. Desses 238 atos foram aprovados sem restrição e outros quatro foram aprovados pelo tribunal, mas com restrição.²

Essas restrições são as imposições à autonomia privada que serão objeto de estudo do presente trabalho. Para tanto, o mesmo está dividido em três capítulos com o seguinte conteúdo:

- no primeiro capítulo será apresentado uma breve análise sobre o estado do estudo sobre a autonomia privada nas relações contratuais, ou seja, como a mesma se desenvolveu ao longo dos anos e como é atualmente aplicada;
- no segundo capítulo será estudado os atos de concentração de mercado e como estes impactam a livre concorrência, para tanto, será feita uma análise sobre as operações societárias, como o conceito e a formar de ocorrência da concentração de mercado e por fim os reflexos sobre a concorrência;
- e no último capítulo será analisada a forma como o CADE impõe administrativamente as restrições sobre as sociedades, na busca de evitar a concentração de mercado e assegurar a livre concorrência.

2. A AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A autonomia tem origem no grego *autos* — próprio — e *nomos* — regras, governo, lei — e apesar de ter surgido para representar a possibilidade de as cidades-estados gregos de se auto regulares, sua aplicação tradicional tem relação com a liberdade individual, com a possibilidade de livre escolha dos indivíduos, com o fato de estes terem como motor somente o seu próprio comportamento³. Representa a possibilidade que o indivíduo tem de se autodeterminar, de se auto regular.

2 AMATO, Fábio. *No primeiro ano da nova lei, Cade analisou 250 atos de concentração*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/06/no-primeiro-ano-da-nova-lei-cade-analisou-250-atos-de-concentracao.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

3 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 137.

Essa concepção está relacionada com nascimento do capitalismo, do Estado Liberal e a necessidade de afastamento entre o Poder Público e o Poder Privado, tendo sido consagrado, no Código Francês Napoleônico. Neste reduziu-se “ao mínimo a intervenção estatal, abrindo amplas perspectivas de liberdade à vontade humana, que só por si mesma em virtude das obrigações contraídas, podia sofrer restrições ou limitações”⁴.

A autonomia privada ou princípio do auto-regramento da vontade⁵ é, desta forma,

o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. [...] Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico⁶.

Nesta visão clássica, deve prevalecer a “vontade livre, que se supõe ser exercida por qualquer pessoa, estando as partes em igualdade jurídica”⁷. Ela é a “possibilidade de criar direitos e deveres (firmando) a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei”⁸.

A autonomia da vontade é a possibilidade que o indivíduo tem de tomar suas próprias decisões, de fazer suas escolhas, principalmente no que tange aos negócios jurídicos. Assim, em outras palavras, é o “poder de realizar negócios jurídicos, conhecida, também, por liberdade negocial, que abrange a liberdade contratual”⁹.

Seu maior reflexo, é verificado nas relações de Direito Civil e da teoria dos contratos, através da liberdade de contratar e de autoregular. Segundo

4 WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 4. v., 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 184.

5 Termo usado por Pontes de Miranda como sinônimo de autonomia privada. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 5.

6 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do Conceito de Contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 30.

Neste sentido também Francisco dos Santos Amaral Neto destaca que a “autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia Privada*. Disponível em: < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>>. Acesso em: 10 jun. 2013, p. 02.

7 WALD. Op. Cit., p. 189.

8 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

9 BORGES. Op. Cit., p. 30.

afirma Roberto Basillone Leite, todos os contratos, tradicionalmente, são regidos principalmente por três princípios: o da autonomia da vontade, liberdade de contratar, o do respeito absoluto ao contratado ou da força obrigatória do contrato — conhecido pela expressão *pacta sunt servanta* —, e da responsabilidade fundada na culpa do agente. Esses princípios tinham o mesmo objetivos: assegurar o cumprimento do contrato nos exatos termos constantes de suas cláusulas, como forma de resguardar a segurança dos negócios jurídicos.¹⁰

O contrato, sedimentado pela autonomia da vontade, conforme Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, podia conferir “poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual”, isso a ponte de “fazer surgir todos os direito atribuíveis ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social geral a indagar se estaria, ou não, ferindo o interesse jurídico dos demais”.¹¹

Por sua importância, a autonomia privada ganhou, dentro da doutrina jurídica, status de princípio geral do Direito Privado, “em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa”¹². E destaca Francisco dos Santos Amaral Neto que é “parte do princípio de autodeterminação dos homens, é manifestação da subjetividade, o princípio dos tempos modernos que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir”¹³.

Entretanto, esse poder, essa liberdade que as partes têm para reger e estabelecer as regras a que vão se submeter não é absoluto, há limites. Estes existem em função do interesse social¹⁴ e função social¹⁵, e impedem “as estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes”^{16, 17}.

10 LEITE, Roberto Basillone. *Introdução ao Direito do consumidor os Direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 28. Neste sentido também: WALD. Op. Cit., p. 183.

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar da estrutura do direito privado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>>. Acesso em: 03 jun. 2013, p. 03.

12 AMARAL NETO. Op. Cit., p. 02.

13 Ibidem, p. 02.

14 Neste sentido: Pontes de Miranda como sinônimo de autonomia privada. (MIRANDA. Op. Cit., p. 6-7); e WALD. Op. Cit., p. 184.

15 Neste sentido: AMARAL NETO. Op. Cit., p. 01.

16 RIZZARDO. Op. Cit., p. 22.

17 Para entender as restrições que vamos desenvolver é importante deixar claro o que é um ato contrário a moral, a ordem pública e aos bons costumes.

Sobre a moral Miguel Reali destaca que “é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma.” (REALI, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44).

Já a ordem pública e os bons costumes são, na visão de Francisco dos Santos Amaral Neto, respectivamente, o “como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e

Essas limitações decorrem do conceito contemporâneo de contrato que surge com o “ideal do Estado do Bem-Estar Social e da ordem civil-constitucional-social-econômica iluminada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição Federal de 1988¹⁸”¹⁹. Isso porque, o “Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas”²⁰.

Isso representa que o

ordenamento jurídico somente reconhece eficácia ao ato jurídico que não ultrapasse os limites da juridicidade socialmente validada, ou seja, a vontade não pode estar em contradição com as normas de Direito, sendo que a impossibilidade desse confronto constitui o primeiro limite da autonomia privada.²¹

O contrato passa a “exigir um comprometimento ético e político de cada um (dos) partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma”²². Deixa de ser único e exclusivamente como um ato que transpõe a vontade das partes, mas tem que refletir os interesses sociais ou, no mínimo não ofender a ordem jurídica e social existente.

Diversos são os exemplos da limitação da autonomia privada nas relações contratuais, como as relações de trabalho e as relações de consumo, que o Estado interviem para reequilibrar a relação jurídica em virtude de uma das partes ser vulnerável. Outro exemplo, que será aprofundado no presente trabalho, limitação imposta pelo Poder Estatal nas operações societárias a fim de evitar concentração de mercado.

do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”, e o “como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc”. (AMARAL NETO. Op. Cit., p. 03).

Desta forma, o ato vai ferir a moral, a ordem pública e os bons costumes é aquele que não nasce de forma espontânea no seio da sociedade, que é forçado, que ofende os interesses fundamentais da sociedade e que não representa os princípios jurídicos básicos.

18 O artigo 3º da Constituição Federal Brasileira dispõe: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2013, p. 01)

19 BORGES. Op. Cit., p. 18.

20 LOBÓ, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Revista Jurídica da Unirodon*. n. 3, 2002. Disponível em: <http://www.unironon.br/grad/dir/doc/pdf/revista_juridica_3p.pdf#page=12>. Acesso em: 10 jun. 2013, p. 12

21 HARDER, Eduardo. *A definição da autonomia privada nas sociedades cooperativas: função social e princípio da democracia*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Harder.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013, p. 28.

22 HIRONAKA. Op. Cit., p. 07.

Diferentemente da limitação nos casos de verificação da busca por reequilíbrio na relação jurídica, no caso ora estudado, as partes sabem exatamente o que estão firmando e querem os efeitos que vão decorrer do mesmo. Contudo, o ato praticado por eles terá efeito que a sociedade, enquanto coletividade, rejeita, a saber, a concentração de mercado, motivo que enseja a limitação.

3. A CONCENTRAÇÃO DE MERCADO E A DEFESA A LIVRE CONCORRÊNCIA

Antes de estudar as limitações provocadas pela ordem econômica, fez-se necessário entender e operações societárias, como deles decorrem a concentração de mercado e o seu impacto sobre a livre concorrência.

3.1. As Operações Societárias

Até o advento do Código Civil de 2002, as operações societárias eram reguladas exclusivamente pela Lei nº 6.404/76, nos artigos 220 a 234²³, dando a impressão de que somente se aplicariam as sociedades anônimas. Entretanto, toda e qualquer sociedade pode realizar uma operação societária, atualmente, caso não seja uma companhia, na forma do quanto disposto nos artigos 1.113 a 1.122, do Código Privado Pátrio²⁴.

Essas instrumentos contratuais²⁵ que tem como finalidade promover “mutações no tipo ou na estrutura da sociedade”²⁶. São formas de se alterar ou o tipo societário adotado ou a estrutura interna da sociedade, como quadro societário, capital social, patrimônio, sendo dividida em quatro tipos: transformação, incorporação, fusão e cisão.

A transformação é o ato que a sociedade, independe de dissolução ou liquidação da sociedade, obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se. Por exemplo, é a passagem de uma sociedade limitada para uma sociedade anônima, ou de uma sociedade em nome

23 BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013, p. 82-86.

24 BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

25 Eles têm natureza contratual, tendo em vista que o contrato é tudo instrumento que juridicaliza uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam. (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista Crítica Jurídica*. n. 18, jun. 2011. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma_contratos.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013, p. 01).

26 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 515.

coletivo para uma sociedade limitada, adaptando-se e passando a adotar as regras do tipo societário último.

A incorporação é a operação societária que implica na absorção de uma ou várias sociedades por outra já existente, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. É necessário para a sua caracterização que as sociedades incorporadas deixem de existir.

Na fusão duas ou mais sociedades se unem, formando uma sociedade totalmente nova, que assumirá todos os direitos e obrigações, e culminando, conseqüentemente com a extinção das sociedades fundidas. E a cisão, por sua vez, é a divisão de uma sociedade em duas ou mais sociedades já existentes ou recém constituídas, ou a transferência de parte do patrimônio para uma ou mais sociedades já existentes ou recém constituídas.

Para fins do presente estudo, as operações de incorporação e de fusão têm mais relevância, pois representam formas de concentração empresarial, com “finalidade precípua, a compenetração societária”²⁷. Isso porque, em ambos os casos há a transferência de toda a estrutura das sociedades fundidas ou incorporadas para a sociedade resultante da fusão ou incorporadora.

Assim, verifica-se que essas operações societárias resultam de um contrato entre as sociedades envolvidas e representam muito mais do que uma simples reorganização societária. Elas são, também, uma forma de concentra mercados econômicos e uma redução nos níveis de concorrência, nos termos do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011²⁸, são os denominados atos de concentração de mercado.

3.2. Concentração de Mercados Econômicos como Resultante das Operações Societárias

Concentração de mercado ocorre quando uma ou algumas sociedades detêm parcela econômica do mercado de fornecimento de produtos ou serviços de forma a prejudicar a livre concorrência. O artigo 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011, determina que se presume essa concentração “sempre que uma empresa ou grupo de empresas

27 CHAVES, Leonardo Cocchieri Leite. Aspectos Gerais das Operações de Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades. In: *Relatório do Grupo de Direito Societário* — Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <http://www.congressodireitocomercial.com.br/2012/relatorios/1_TEMAS_DE_DIREITO_SOCIETARIO.pdf#page=223>. Acesso em: 20 jun. 2013, p. 225.

28 BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 10 jun. 2013, p. 31.

for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”²⁹.

Para verificar a sua existência deve-se observar três fatores: “1) o grau de concentração dos ofertantes, 2) a diferenciação do produto, ou conjunto de produtos substitutos entre si, e 3) a presença de barreiras à entrada”³⁰.

O primeiro fator consiste em saber quantos fornecedores do produto ou serviço existem em um determinado mercado estudado; no segundo, deve-se analisar se estes produtos e serviços fazem concorrência entre si, ou seja, se são substituíveis entre si; e o terceiro, verifica se aquele mercado permite a entrada de fornecedores externos, ou se o mesmo é fechado.

Esses fatores não são analisados aleatoriamente, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência — CADE³¹ a fim de analisar a concentração de mercado usa basicamente dois índices: 1) a Razão de Concentração (Ci); e 2) o Herfindahl-Hirshman Index — HHI. O primeiro “mede a participação percentual das maiores empresas atuantes em determinado segmento de mercado”³², sendo usado para analisar se em fusão ou incorporação, antes ou depois da sua ocorrência, haverá ou não concentração de mercado³³; e o segundo “corresponde à soma dos quadrados das participações de cada empresa atuante num mesmo mercado”³⁴, usada após o ato de concentração a fim de constar este³⁵.

Todo esse estudo da concentração de mercado tem como fator determinante o fato de que, a despeito de esta nascer como um ato de liberalidade, os efeitos decorrentes das operações societárias vão muito além das partes envolvidas. Esses contratos, na maioria das vezes, culminam em um monopólio, um

29 Ibidem., p. 14.

30 MODENESI, Bernardo Andrade Lyrio; ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina. *Definição de mercado e concentração dos mercados de planos e seguros de saúde no estado de MG*. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2010/D10A111.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013, p. 05.

31 No Brasil, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica — é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, responsável por assegurar a livre concorrência e por coibir os abusos ao poder econômico.

32 COELHO. Op. Cit., p. 528.

33 SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André de. *Índices de Concentração*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fcentral_documentos%2Fdocumento_trabalho%2F2002-1%2Fdoctrab13.pdf&ei=SBTDUZKTEozc8AT35oCIBw&usg=AFQjCNHuxKZSgaOnoNSBj1U5js75KbiJWQ&sig2=w3rD5AIHn_gC9SfRPM0Slw&bvm=bv.48175248,d.eWU>. Acesso em: 11 jun. 2013, p. 03.

34 COELHO. Op. Cit., p. 528.

35 SCHMIDT. Op. Cit., p. 04.

cartel, ou em outras formas de exercício da atividade empresarial que fere a livre concorrência, protegida constitucionalmente.

3.3. A Defesa da Livre Concorrência

A Constituição Federal prevê a defesa da livre concorrência, desde logo, em seus fundamentos³⁶ e, mais profundamente, quando das disposições sobre a Ordem Econômica e Financeira, merecendo destaques o artigo 170, IV³⁷, que o eleva a condição de princípio geral, e o artigo 173, §4³⁸, que prevê a intervenção do Estado no domínio econômico a fim de evitar abuso do poder. Essas disposições constitucionais foram regulamentadas pela Lei nº 12.529/2011³⁹, que revogou a Lei nº 8.884/94⁴⁰.

“A expressão ‘livre concorrência’ indica a idéia de que as forças econômicas que atuam num dado mercado atuem na busca de oferecer seus bens, produtos e serviços livremente ao conjunto dos consumidores⁴¹. Ou seja, que “os empresários podem explorar as atividades de produção e circulação de bens ou serviços que quiserem, na forma que entenderem mais apropriada à implantação e desenvolvimento da empresa⁴².”

E a livre concorrência é importante para o fortalecimento da atividade empresarial, pois “estimula inovações, fortalece os agentes econômicos que investem em conhecimento e tecnologia, além de corroborar para a máxima transmissão possível das informações aptas a servir de ponto de partida para a superação dos limites do agora⁴³.”

36 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. Cit., p. 01).

37 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: [...] IV – livre concorrência; [...]. (Ibidem., p. 140).

38 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. (Ibidem., p. 142).

39 BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Op. Cit..

40 BRASIL. *Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

41 CARVALHO, Daniel Corrêa Homem de. *Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência na Ordem Econômica de 1988 como Fundamentos para a Concorrência nos Serviços Públicos*. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=181>. Acesso em: 20 jun. 2013, p. 44.

42 COELHO. Op. Cit., p. 42.

43 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KOBUS, Renata Carvalho. Livre Concorrência, Livre Iniciativa e a (Des) Necessidade de Intervenção Estatal. In: BONFIM, Ana Paula Rocha (org.). *Direito Empresarial em Perspectiva: coletânea em homenagem ao centenário do Professor Mário Barros*. Salvador: Fundação Faculdade de Direito, 2012, p. 128.

Essa liberdade pressupõe que os empresários regulam as suas atividades e o mercado, de forma a coexistirem pacificamente e, somente existiria em um mercado livre com predominância de quatro fatores: demonstração da aptidão à confirmação dos melhores resultados; preservação da valorização da eficiência com troca ou manutenção de parceiros negociais; estabelecimento do ambiente ideal ao estabelecimento de novos empreendimentos; e à retirada ou renovação dos competidores⁴⁴.

Entretanto, o mercado não é livre. As práticas contratuais que levam a concentração de mercado coíbem e impedem o ingresso de novos concorrentes, caracterizando o abuso do poder econômico, que deve ser coibido pelo Poder Estatal.

4. FORMAS DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA A FIM DE EVITAR CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

Diversas são as formas de organização e reestruturação societária e todas estão dentro do campo atinente a autonomia privada de cada ente envolvido, contudo, este não é absoluto e pode limitado como nos casos em que o resultado é a concentração de mercado e a ofensa a livre concorrência.

4.1. Necessidade da Restrição as Operações Societárias

A limitação se faz necessária, porque, apesar de as operações societárias configurarem uma relação contratual, as regras clássicas de aplicação da autonomia privada não mais servem como único meio de regulação. O lema do liberalismo — *laissez faire* (“deixar fazer” ou “deixar em paz), que simbolizava “deixar a iniciativa privada fazer o que bem entende com a economia, passar de modo livre as riquezas, sem barreiras alfandegárias de modo que estimule a circulação de capital”⁴⁵, isso sob a justificativa de que o mercado se auto regula, não mais pode-se se aplicar.

A limitação, desta forma, faz-se necessário a fim de evitar a concentração de mercado e o abuso do poder econômico e não contradiz a autonomia privada, pois o “intervencionismo público, através da lei ou da revisão judicial, [...] apenas a corrige e a mantém dentro dos limites do ordenamento jurídico”⁴⁶. Tem-se, assim uma restrição ao “espaço de autonomia privada e por meio de normas de indução (e de ações), onde o objetivo é estimular comportamentos socialmente desejáveis”⁴⁷.

44 Ibidem., p. 126.

45 LOURENCI, Jandrei. *Neoliberalismo Econômico: leis e falhas*. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/IVSeminarario/IVSeminarario/Artigos/04.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2013, p. 02.

46 BORGES. Op. Cit., p. 30.

47 AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Apontamentos sobre a Hermenêutica do Direito Empresarial Constitucional a partir da Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3582.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2013.

Destaca, mais profundamente Ricardo Lorenzetti que a inexistência de limitação por parte do Estado, provocaria uma “desregulação generalizada” que geraria o “desenvolvimento livre das forças, e, com isso, a concentração de grandes grupos”⁴⁸. Ou seja, as limitações fazem-se necessário porque “se os empresários fossem inteiramente livres para desenvolver suas atividades econômicas, sem limite nenhum, procurariam dominar os segmentos de mercado em que atuam por meio de práticas que impedissem ou dificultassem o ingresso de novos competidores”⁴⁹.

É legítima, assim, a intervenção no domínio econômico, ainda que restringindo a autonomia privada, pois se busca estimular comportamentos socialmente aceitáveis, protegendo o mercado e assegurando a livre concorrência.

4.2. Limitação Administrativa à Autonomia Privada

É o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica — quem tem a competência para fazer a verificação dos atos de concentração no Brasil e o constatando, limita a autonomia. Isso ocorre através de processos administrativos com a finalidade específicos e regulamentados pela Lei nº 12.529/2011, artigos 53 a 65⁵⁰.

Antes da entrada em vigor da citada lei, em maio de 2013, a Lei nº 8.884/94, determinava que a apreciação ocorreria somente após a conclusão do negócio jurídico, o que dificultava a aplicação das restrições. Atualmente, a análise pelo CADE passou a ser prévia, limitando a autonomia privada e ocorrerá sempre que:

Artigo 88. [...]

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).⁵¹

Desse processo administrativo podem resultar restrições, no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados afetados, que podem ser as seguintes⁵²:

48 LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 119.

49 COELHO. Op. Cit., p. 43.

50 BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Op. Cit., p. 20-23.

51 Ibidem., p. 29.

52 Artigo 61, § 2º, da Lei nº 12.529/2011. (Ibidem., p. 21).

- a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial, tem por finalidade evitar concentração de marcas, determinando que a sociedade aliene a um concorrente parte das marcas que possui;
- a cisão de sociedade, que obriga a divisão total ou parcial da sociedade, assegurando que haja mais de uma empresa competidora atuando no mercado;
- a alienação de controle societário, que busca evitar que uma mesma holding ou grupo de sócios sejam controladores de todas as empresas concorrentes. Neste caso, apesar de haver diversas empresas no mercado, dando a sensação de concorrência, está é falsa, pois o controle de todas ou da maioria está em poder de um mesmo grupo ou uma mesma pessoa;
- a separação contábil ou jurídica de atividades, permitindo assim, que mesmo dentro de uma sociedade ou grupo econômico, haja uma concorrência no mercado;
- o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual, proporcionando que os concorrentes possam usar e aproveitar de determinada marca ou patente;
- e qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A aplicação dessas restrições devem seguir alguns parâmetros:

devem preservar a concorrência no mercado relevante, mas não se prestam a proteger concorrentes em particular; devem ser devidos caso a caso, à luz dos fatos peculiares à operação, mediante aplicação cuidadosa de princípios jurídicos e econômicos apropriados; e na ausência de remédios capazes de preservar a concorrência, a operação deve ser reprovada.⁵³

Como exemplo da aplicação dessas restrições, o Processo Administrativo de Análise do Ato de Concentração nº 08700.004155/2012-81, que como objetivo a associação entre as empresas Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A. recebeu o aval do Cade em sessão de julgamento realizada no dia 06 de março de 2013. Contudo, a fusão foi condicionada a manutenção das marcas e a manutenção de pelo menos 85% seus horários de pousos e decolagens no aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro. Isso com a finalidade de assegurar a concorrência.⁵⁴

53 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Parâmetros para Definição de Restrições em Atos de Concentração*. 17º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/Marcos_Paulo_Vinicius_17%C2%BA_Semin%C3%A1rio_2011.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013, p. 04.

54 CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade aprova, com restrições, fusão entre Azul e Trip*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1b2efc0ce53bd151a592a2b184cc>>. Acesso em: 29 jun. 2013, p. 01.

Em 04 de julho de 2012, o CADE restringiu a compra de controle acionário da portuguesa Cimpor, pelas brasileiras Camargo Corrêa e Votorantim, a fim de evitar concentração do mercado de cimento. A aquisição da portuguesa se deu em 2010, e em análise posterior da incorporação, foi determinado que a Votorantim deveria se retirar do capital da Cimpor e a Camargo Corrêa teria que vender um grupo de ativos e seguir algumas condições, entre elas a de fazer investimentos em inovação e pesquisa para o desenvolvimento de tecnologia.⁵⁵

Outro caso que merece destaque foi o da fusão entre a Sadia e a Perdigão que resultou na Brasil Foods — BRF S.A, aprovada pelo CADE em 13 de julho de 2011, com as seguintes restrições: suspensão de produtos da marca Perdigão por períodos de 03 anos – para pernil, presunto, tender, linguiça e paio — a 05 anos — para lasanha, pizzas, kibes e almôndegas e frios saudáveis; suspensão da marca Batavo por 04 anos para derivados de carne processado, kit festa aves e empanados e margarina; além da obrigação de alienar 10 fabricas de alimentos processados, 02 abatedouros suínos, 02 abatedouros de aves, 04 fábricas de ração, 12 granjas de matrizes de frango, 02 incubatórios de aves e 08 centros de distribuição.⁵⁶

Desta forma, as relações contratuais de operação societária, que impliquem em atos de concentração de mercado, não dependem exclusivamente da autonomia da vontade das partes envolvidas. O CADE, a fim de assegurar o interesse coletivo a livre concorrência e evitar a concentração de mercado, faz, hoje, análise prévia administrativa a fim de verificar se a conduta é socialmente aceitável, podendo proibir a relação contratual ou mesmo impor restrição.

5. CONCLUSÃO

Com base em tudo o quanto foi aqui estudado verifica-se que, a autonomia privada ou princípio do auto-regulamento da vontade, apesar de ter como entendimento clássico a total liberdade das partes para contratar, desde que não fossem contrário à norma posta, contemporaneamente tem sofrido restrições.

Essas limitações têm como finalidade adequar as relações contratuais aos anseios sociais, obrigando que elas sejam exercidas em função do interesse social e função social, e que não contrariem a moral, a ordem pública e os bons costumes.

55 BASILE, Juliano; RESENDE, Thiago. *Relator do Caso Cimpor quer restrições à Votorantim e Camargo Corrêa*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/2738466/relator-do-caso-cimpor-quer-restricoes-votorantim-e-camargo-correa#ixzz2XuoQp8i7>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

56 AMATO, Fábio. BRF e Cade selam acordo e fusão entre Sadia e Perdigão é aprovada. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2011/07/brf-e-cade-selam-acordo-e-fusao-sadia-e-perdigao-e-aprovada.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

Busca-se, assim, que todas as relações jurídicas, ainda que exercidas com base na autonomia da vontade, sejam socialmente aceitáveis.

Distintamente das relações de consumo e trabalhista, onde a limitação tem como finalidade reequilibrar uma relação jurídica onde uma das partes está em desvantagem, ou seja, é vulnerável, no presente trabalho foi apresentada restrição na relação econômica. Nesta as partes contratantes estão em igualdade e ambas querem o resultado contratado, entretanto a sociedade pode não o desejar.

A concentração de mercado é um exemplo de resultado possível não almejado socialmente.

Ela ocorre normalmente como resultante de atos contratuais de incorporação e fusão, operações societárias com a finalidade de modificação na estrutura interna das sociedades envolvidas, e caracteriza-se quando uma ou algumas sociedades detêm parcela econômica do mercado de fornecimento de produtos ou serviços de forma a prejudicar a livre concorrência.

O prejuízo a livre concorrência que resulta da concentração de mercado é o ato socialmente rejeitado e, tendo com base o respaldo constitucional, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica — fiscaliza os atos de fusão e incorporação, aplicando restrição quando deles ocorrem ou podem ocorrer concentração de mercado.

Neste ponto o poder de auto regulação das partes é prejudicial, pois elas, em busca de proveitos próprios, abusam do poder econômico que possuem, sendo necessária a intervenção do Poder Estatal a fim de, restringido a autonomia, estimular comportamentos socialmente desejáveis.

Uma das formas de intervenção é a atuação administrativa do CADE que, sob a regulamentação da Lei nº 12.529/2011, faz uma análise administrativa prévia com o fim de averiguar a possibilidade de concentração de mercado, proibindo a relação contratual de fusão ou incorporação, ou impondo restrições para as mesmas.

Essas restrições podem a obrigação a venda de ativos, obrigação de cisão da sociedade, alienação de controle societário, separação contábil, licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual e qualquer outro ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Desta forma, as relações contratuais de operação societária, que impliquem em atos de concentração de mercado, não dependem exclusivamente da autonomia da vontade das partes envolvidas. O CADE, a fim de assegurar o interesse coletivo a livre concorrência e evitar a concentração de mercado, faz, hoje, análise prévia administrativa a fim de verificar se a conduta é socialmente aceitável, podendo proibir a relação contratual ou mesmo impor restrição.

6. REFERÊNCIAS

- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Apontamentos sobre a Hermenêutica do Direito Empresarial Constitucional a partir da Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3582.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2013.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia Privada*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- AMATO, Fábio. *No primeiro ano da nova lei, Cade analisou 250 atos de concentração*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/06/no-primeiro-ano-da-nova-lei-cade-analisou-250-atos-de-concentracao.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.
- _____. *BRF e Cade selam acordo e fusão entre Sadia e Perdigão é aprovada*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2011/07/brf-e-cade-selam-acordo-e-fusao-sadia-e-perdigao-e-aprovada.html>>. Acesso em: 29 jun. 2013.
- BASILE, Juliano; RESENDE, Thiago. *Relator do Caso Cimpor quer restrições à Votorantim e Camargo Corrêa*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/2738466/relator-do-caso-cimpor-quer-restricoes-votorantim-e-camargo-correa#ixzz2XuoQp8i7>>. Acesso em: 29 jun. 2013.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do Conceito de Contrato*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 17-40.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.
- _____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 ju. 2013.
- _____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- _____. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade aprova, com restrições, fusão entre Azul e Trip*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1b2efc0ce53bd151a592a2b184cc>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

- CARVALHO, Daniel Corrêa Homem de. *Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência na Ordem Econômica de 1988 como Fundamentos para a Concorrência nos Serviços Públicos*. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=181>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- CHAVES, Leonardo Cocchieri Leite. Aspectos Gerais das Operações de Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades. In: *Relatório do Grupo de Direito Societário* – Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <http://www.congressodireitocomercial.com.br/2012/relatorios/1_TEMAS_DE_DIREITO_SOCIETARIO.pdf#page=223>. Acesso em: 20 jun. 2013, p. 223-247.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista Crítica Jurídica*, n. 18, jun. 2011. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/imagens/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013.
- HARDER, Eduardo. *A definição da autonomia privada nas sociedades cooperativas: função social e princípio da democracia*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Harder.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar da estrutura do direito privado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>>. Acesso em: 03 jun. 2013.
- LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao Direito do consumidor os Direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002.
- LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Revista Jurídica da Unirodon*. n. 3/2002. Disponível em: <http://www.unironon.br/grad/dir/doc/pdf/revista_juridica_3p.pdf#page=12>. Acesso em: 10 jun. 2013, p. 11-23.
- LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.
- LOURENCI, Jandrei. *Neoliberalismo Econômico: leis e falhas*. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/IVSeminarario/IVSeminarario/Artigos/04.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MODENESI, Bernardo Andrade Lyrio; ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina. *Definição de mercado e concentração dos mercados de planos e seguros de saúde no estado de MG*. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2010/D10A111.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

- REALI, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KOBUS, Renata Carvalho. Livre Concorrência, Livre Iniciativa e a (Des) Necessidade de Intervenção Estatal. In: BONFIM, Ana Paula Rocha (org.). *Direito Empresarial em Perspectiva: coletânea em homenagem ao centenário do Professor Mário Barros*. Salvador: Fundação Faculdade de Direito, 2012, p. 124-152.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André de. *Índices de Concentração*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fcentral_documentos%2Fdocumento_trabalho%2F2002-1%2Fdoctrab13.pdf&ei=5BTDUZKTEozc8AT35oCIBw&usq=AFQjCNHuxKZSgaOnoNSBj1U5js75KbiJWQ&sig2=w3rD5AlHn_gC9SfRPM0Slw&bvm=bv.48175248,d.eWU>. Acesso em: 11 jun. 2013.
- WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 4. v., 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Verissimo, Marcos Paulo. *Parâmetros para definição de restrições em atos de concentração*. 17º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/Marcos_Paulo_Vinicius_17%C2%BA_Semin%C3%A1rio_2011.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

CAPÍTULO IV

A CAPITALIZAÇÃO DA EMPRESA E A AUTONOMIA PRIVADA DO EMPRESÁRIO

Leandro Santos de Aragão¹

SUMÁRIO: 1. Empreender é arriscar: a abordagem jurídica minimalista da empresa — 2. A organização da empresa pelo direito. Padrões e individualidade: mudança paradigmática — 3. Breve história do financiamento em empresas pela agregação de capitais — 4. Capitalização em empresa: internalização de riscos — 5. Capital e patrimônio: distinção — 6. Características do capital social — 7. Funções do capital e o juízo de adequação do capital social — 8. A garantia dos credores e a tutela antecipada do capital social — 9. Crítica à ideia tradicional do capital como garantia – ainda que secundária ou indireta – dos credores (e porque a função de produção econômica é insindicável pelo legislador ou pelo julgador) — 10. A capitalização adequada como dilema e a capitalização mínima imposta genericamente por lei como esquema — 11. A capitalização mínima imposta genericamente pela lei como instrumento inadequado de capitalização: o caso da EIRELI brasileira — 12. Conclusão — 13. Referências.

1. EMPREENDER É ARRISCAR: A ABOBODAGEM JURÍDICA MINIMALISTA DA EMPRESA

Empreendedores arriscam. Em economia, risco não é algo contraposto à atividade empreendedora; pelo contrário, é elemento constitutivo da empresa. Empreendedores fazem, intuitiva ou organizadamente, um cálculo *a priori* da potencialidade de perda decorrente de uma ação cuja resultante intencionada é uma valia econômica. Calculam-se, pois, perdas e ganhos. Risco, pois, representa uma aleatoriedade sobre probabilidades (KNIGHT, 1921) e, se em algum grau de relevância, constitui a essência da empresarialidade. Toda empresa é uma atividade que contém risco em grau relevante. “*Melhor dizendo: onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de ano notável ou de perda de algo importante.*” (CRISTIANO, 2007, p. 94).

A forma empresarial é uma estrutura institucional de produção econômica organizada. Ela é constituída por uma coleção de contratos finalisticamente interligados. Todos esses contratos exercem a função de diminuir o atrito entre os

¹ Advogado. Especialista em Direito Empresarial (PUC/SP). Mestrando (UFBA). Associado fundador do Instituto de Direito Societário Aplicado (IDSA).

diferentes elementos das transações econômicas (WILLIAMSON, 1985, p. 18) por meio de uma técnica ordenativa: a coleção de contratos instrumentaliza o *valor organizacional* que lhes é sobrejacente. Ao dar-lhes uma destinação funcional, os contratos ainda efetivam a empresarialidade das relações econômicas. Contratos organizativos geralmente servem de instrumentos jurídicos para alinhamento de interesses entre contrapartes: mesmo quando há algum parco indicativo de intercâmbio (o juridicamente conhecido *senalagma*), o objetivo da contratualização é criar um ambiente institucionalmente formalizado que represente um incentivo para compartilhamento comum de determinado fim.² É por isso que, exemplificativamente, contratos de sociedade são “contratos de prestações comunizadas” (PONTES DE MIRANDA, 1965, p. 17).

Empreendedores são especuladores por excelência. Ainda que a sociedade moderna os recrimine ou os tenha em má conta, todos aqueles que investigam, dentre as muitas alternativas possíveis, a melhor maneira de incrementar suas posições econômicas ou de minimizar prejuízos esperados são especuladores. Se alguém retirar dinheiro da poupança e passar a investir em títulos públicos brasileiros porque analisou e percebeu que essa era a melhor alternativa para ter maior rentabilidade, esse alguém é um especulador. Ele, por essência, pretende alcançar uma melhoria nas condições de vida, por geração de nova riqueza (não necessariamente monetária) ou uma mutação aumentativa do patrimônio. Especuladores são, portanto, calculadores de um melhor resultado econômico. Palavra politicamente incorreta numa época em que viceja o pecado da fortuna, especulação é o núcleo de qualquer atividade econômica. Em essência, somos todos uns especuladores porque investigamos incessantemente opções de melhorarmos nossos estados de vida. Especulador não é substantivo infame; é adjetivo que não deveria sofrer o estigma da vilania.

Empreendedores não são sujeitos em situação de hipossuficiência. Dotados de uma menor aversão ao risco que um indivíduo que prefere viver pacatamente sua vida sem sobressaltos ou sob o abrigo de alguma função assalariada, empreendedores são autoconfiantes e potencialmente mais exploradores de novidades. Seja por instinto de sobrevivência, seja por alguma característica biopsicológica ainda indecifrável, empreendedores arriscam patrimônio e dedicam tempo substancial de suas vidas numa atividade sem saber ao certo se ela lhes dará algum retorno econômico. Empreendedores são especuladores sob incertezas, então.

2 Destacando o contrato plurilateral como *contrato de organização*, por meio do qual as partes querem organizar-se para exercer uma atividade ulterior (ASCARELLI, 1969, p. 266 e ss.). Também ressaltando o caráter institucional da empresa, porque “constitui-se numa organização de pessoas, voluntária, fundada sobre uma relação de hierarquia e de cooperação entre os seus membros, com um objetivo em comum, (...)” (BULGARELLI, 1995, p. 21)

Porque empreendedores arriscam e especulam em bases suficientemente racionais, sua autonomia deve ser adequadamente valorizada e tutelada pelo ordenamento jurídico. A liberdade de iniciativa como um valor fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988) e o exercício livre de uma atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988) são fortes indicativos normativos que as leis subjacentes à Constituição devem ser finalisticamente orientadas para a construção de um ambiente jurídico que incentive o empreendedorismo.³ As expectativas normativas são no sentido de geração de um ambiente favorável à exploração de empresas, sem deixar de proteger valores normativamente garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna.⁴ O que a Constituição quer é que as pessoas se lancem em empreendimentos econômicos e, para tal, a lei deve assumir uma *função promocional*.

A livre iniciativa garantida constitucionalmente é um princípio. E, por ser dessa espécie normativa, sua aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2012, p. 85). O que importa é saber se uma lei que imponha *genericamente* um grau mínimo de capitalização para estruturas empresariais realiza o princípio da livre iniciativa e se ela é uma medida adequada, necessário ou proporcional para realização do estado de coisas querido. Recorre-se, aqui, à seguinte pergunta: regras de capitalização mínima para estruturas empresariais promove a livre iniciativa? Se o estado de coisas almejado for o cenário de maior segurança aos credores, a pergunta muda: regras determinando o aporte de um capital mínimo promove a proteção aos credores? O propósito desse trabalho é saber se as respostas a essas indagações são positivas ou negativas. Por isso que é importante investigar se as regras de capitalização mínima podem ser superadas com recurso ao princípio constitucional da livre iniciativa ou mesmo à regra do devido processo legal. Se podem, como e quando são superadas. Mais especificamente: o legislador “errou o alvo” (ÁVILA, 2008, p. 51) quando estabeleceu uma capitalização mínima de 100 (cem) salários mínimos para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)?

3 “A liberdade de iniciativa consagra tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado” (BASTOS, 2000, p. 110)

4 “A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.” (STF, RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006; STF, AI 754.769-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012; AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010).

Assim, porque a Constituição brasileira prega a liberdade de ação econômica, a legislação que lhe serve como instrumento de conformação deve tanto contribuir adequadamente para a promoção do pretendido empreendedorismo, como representar a menor intensidade possível de restrição sobre os agentes econômicos. Isso não elimina a necessidade de, *eventualmente*, a legislação compatibilizar a *intensidade* da norma relativa à estruturação jurídica da empresa com outros valores igualmente importantes, como a liberdade de concorrência, a função social da propriedade, o emprego, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente. Mas essa compatibilização não é *condição necessária* para a edição de uma legislação relativa à estruturação jurídico-organizativa de uma empresa: ela será um elemento acidental e eventual, já que o propósito *primário* de uma lei para organização da empresa sob formas societárias ou não societárias não é preservar meio ambiente, proteger consumidores ou garantir o pleno emprego de trabalhadores. A lei empresarial é inidônea para esses fins.

Em razão desses fundamentos, defende-se nesse trabalho uma *abordagem normativa minimalista da estrutura jurídico-organizativa da empresa*. A abordagem minimalista é consequência do ambiente constitucional nitidamente promovedor da liberdade de ação econômica, que tem como resultante direta a primazia da autonomia privada em matéria empresarial.⁵

2. A ORGANIZAÇÃO DA EMPRESA PELO DIREITO

Empresa é a atividade organizada finalisticamente para transformação de bens de insumo e futura obtenção de bens de consumo. Por ser atividade, ela se caracterizada por uma cadeia coordenada de atos sequencialmente transformadores e transportadores de um insumo até o momento em que se dá a extração do bem transformado nessa cadeia por um ato de consumo. Aquela cadeia pode ser cumprida integralmente por um único agente econômico — ou, como se diz no linguajar econômico, uma única *firma* — ou por vários deles em sincronia operacional. A economicidade ou, também em linguagem econômica, os *custos de transação* dos atos contidos naquela cadeia e dos meios institucionais existentes para exercício desses atos serão condições necessárias para que um agente econômico tome uma decisão organizativa. Ou ele decide cumprir a cadeia de atos por inteiro solitariamente — integrando verticalmente todos os atos, da extração de matéria-prima, passando pela transformação, produção e distribuição,

5 “Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.” (STJ, REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012)

até a alienação ao consumidor —, ou ele escolhe atuar em apenas um ou alguns dos atos da cadeia, servindo-se tanto de agentes já existentes em outras partes da cadeia como de agentes econômicos entrantes nas partes da cadeia ainda não atendidas. Dentre aqueles meios institucionais existentes para o exercício dos atos em cadeia está um de caráter relevante: o direito.

O direito, em matéria empresarial, tem precipuamente um papel *organizativo*. Ele tutela os institutos necessários ao *exercício* da empresa, que, pela própria natureza, pressupõe organização. Seu propósito é estabelecer um ferramental jurídico relevante que assegure a fluência do tráfico mercantil e induza, como resultado, o desenvolvimento das relações de troca. Para isso, ele não se preocupa primariamente com o comportamento dos agentes econômicos singularmente considerados. Seu intento é garantir a intermitência do funcionamento do mercado (FORGIONI, 2012, p. 17). A estrutura jurídica do direito empresarial quer assegurar a torrente das relações interempresariais e para isso se vale de critérios como uniformidade funcional, regularidade e previsibilidade para conferir calculabilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica à atividade de empresa. Por isso que se diz que o direito que regula os mercados — grande conjunto jurídico do qual o direito empresarial faz parte — é um direito de instrumentos e não de escopos (*diritto degli strumenti e non degli scopi*) (IRTI, 2004, p. 101).

Porque instrumental, o direito sofre incessantemente reflexos indutores da ordem econômica. O direito é notoriamente reativo às necessidades socioeconômicas. Inovações jurídicas não passam, no fundo, de embalagens institucionais para clamores da incessante realidade econômica.⁶ A característica reativa do

6 Contrário a esse argumento, por entender que a economia diz respeito à generalização de fatos observáveis e o direito é a concretização de valores sociais desejáveis, Calixto Salomão Filho diz que “[a] diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, mas sim concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração esses fatos. (...) O direito, ainda mais que outras ciências sociais, tem a capacidade de valorizar o elemento humano no conhecimento social. Não são leis econômicas, de mercado ou deterministas, que influenciam o conhecimento social, mas sim o indivíduo, por vezes isolado, por vezes como ente coletivo e historicamente considerado.” (SALOMÃO FILHO, 2011, pp. 18-19). Discordamos respeitosamente desse posicionamento porque *valores socialmente desejados* são frequentemente decorrentes do próprio estágio evolucionário das relações sociais. Os *valores socialmente desejados* não nascem do nada, tampouco surgem repentinamente na cabeça de um iluminado jurista, ou mesmo aparecem por fricção entre legisladores num jogo de barganha política. *Valores socialmente desejados* surgem na sociedade, entre as forças que a instituem e, geralmente, eles decorrem de uma necessidade social. O direito não *cria* valores socialmente desejados; ele apenas os *institucionaliza formalmente* pela geração de expectativas normativas generalizadas, que servirão de pauta de avaliação da adequação das condutas às expectativas postas antecipadamente, permitindo-se, em caso de desconformidade, aplicação coercitiva de sanções. Direito não pode *criar* coisa alguma até porque direito não é sujeito (não pratica ação alguma); direito é objeto (ele sofre a ação de alguém). Não há espaço para criacionismos jurídicos. Se admitido hipoteticamente um direito que

direito tem uma comprovação histórica: todo o desenvolvimento do direito societário se deu por conta de imperiosas exigências econômicas. As necessidades econômicas não são, evidentemente, particularidades impostas pelos agentes econômicos em si considerados. Elas são exigências para a permanência e desenvolvimento das relações econômicas globalmente consideradas, de modo que essas fluam e realizem os objetivos sociais de produção e circulação da riqueza, bem como criem as condições de possibilidade para aplicação de outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica (livre concorrência, pleno emprego, defesa do meio ambiente e proteção do consumidor).⁷ Evidentemente, o direito, “no que concerne ao funcionamento de mercados, compete disciplinar a estrutura de forma a definir tutelas e garantias para que a possibilidade de satisfação das necessidades individuais não leve a injustiças sociais” (SZTAJN, 2004, p. 64). Mas isso não se faz por via direta, como se o direito organizativo da empresa se transmudasse em direito de combate às injustiças sociais e de distribuição de graciosidades monetárias para os mais necessitados; a preocupação com injustiças sociais se faz por vias transversas, gerando um direito de empresa que incentive a produção econômica e evite a concentração de poder econômico.

Correndo o risco do pleonasma, pode-se dizer que o direito empresarial é, então, um direito instrumental por excelência. Ainda que alguns valores lhe sejam sobrejacentes, o conjunto de normas jurídicas empresariais se preocupa primordialmente com a organização e a estrutura da empresa. Porque parte do *sistema jurídico*, esse conjunto de normas jurídicas que regula o aspecto organizativo da empresa deve articular coerentemente vários componentes dispersos. Para que essa dispersão se transforme em vinculação, adota-se um critério de coesão funcional para todos esses componentes. Porque servem a um mesmo propósito, qualquer componente do direito empresarial deve guardar conexão de sentido com os demais, de modo a permitir uma integridade e coerência substancial dos textos normativos. Essa articulação coerente confere *consistência* ao direito empresarial e, por essa razão, ele pode ser tido como um *subsistema jurídico*. Nesse

cria “valores socialmente desejados”, estar-se-á diante de uma grave crise de legitimação social; abrir-se-ão as portas para um indesejado e inaceitável instrumento totalitário, ditatorial ou absolutista de controle social. Valores sociais não precisam do direito para valer ou para serem desejados; a institucionalização jurídico-formal tem de ser vista, pois, como uma mera etapa “burocrática” que uma comunidade poderá adotar para concertar valores justos. É do campo das relações socioeconômicas que defluem tanto a valência social de algo como a necessidade de institucionalizar esse algo tido como valioso ou necessário para a sociedade. Incutir normativamente num ordenamento jurídico um determinado estado ideal de coisas pode ser importante para a própria permanência e fluidez dessas relações socioeconômicas e subsequente extração e distribuição dos benefícios dela pela sociedade: mas isso tem de ser decidido pela própria sociedade, pelos instrumentos de representação democrática, não por um “criacionismo” jurídico.

7 Ressaltando o caráter instrumental do direito societário, mas ressalvando sua função de “constituir instrumento de implementação de políticas públicas que objetivem a consecução dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico” (MUNHOZ, 2002, p. 27)

trabalho, como já pode se perceber na introdução, analisar-se-á um componente relevante do direito empresarial: o capital que é investido no financiamento da empresa. O que interessa, nesse trabalho, é saber se esse componente deve ser mais ou menos regulado pela legislação empresarial.

A quantificação do capital investido numa empresa deve ser deixada para avaliação casuística da autonomia privada, pregando-se uma abordagem minimalista da norma empresarial sobre o montante monetário aplicado no empreendimento? Ou a intervenção legislativa deve ser intensificada? Exigências *genéricas* de capitalização mínima podem ser consideradas medidas *manifestamente* desproporcionais? Esse estudo procura respostas a essas perguntas, partindo sempre da premissa que a agregação de capitais é elemento constituinte da empresa.

3. BREVE HISTÓRIA DO FINANCIAMENTO EM EMPRESAS PELA AGREGAÇÃO DE CAPITAIS

Razões históricas ressaltam a fundamentalidade da injeção de capitais na exploração de negócios de risco.

Na Idade Média, os Estados e suas monarquias absolutistas precisavam expandir seus alcances marítimo e terrestre de modo a incrementar o fluxo comercial. Havia necessidade de financiamento das grandes expedições para as “Índias”, a porção oriental do globo terrestre onde o sal, a pimenta, o ópio, a seda, a tintura azul, o chá e o algodão formavam as mercadorias mais valiosas do comércio internacional de então. Para isso, grandes sociedades foram constituídas e somas vultosas de capital investidas diante das extremas exigências de financiamento das atividades exploratórias, que constantemente sofriam consideráveis baixas por epidemias, tempestades marítimas, ataques de piratas e conflitos entre armadas.⁸

Nesta época, a florescência das corporações, o pródigo comércio marítimo, as atividades expansionistas⁹ e a padronização da moeda foram fatores

8 A maior das titulares de empresas exploratórias foi a Companhia Holandesa das Índias Orientais (*Vereenigde Oost-Indische Compagnie, VOC*). Em 20 de março de 1602, ela foi autorizada a funcionar com o monopólio de exploração mercantil de toda a porção territorial que iniciava no Cabo da Boa Esperança (o extremo meridional do continente africano) e se estendia por todos os mares asiáticos. No período compreendido entre 1602 e 1795, a Companhia Holandesa das Índias Orientais se tornou o mais lucrativo empreendimento da história mercantil, pagando regularmente dividendos anuais de 18% (dezoito por cento). Detentora de uma frota de 4.875 embarcações, essa companhia, durante o período especulativo conhecido como a “euforia das tulipas” (1637), tornou-se também a sociedade empresária mais valiosa de toda a história, sendo avaliada naquela época em 78 milhões de florins (moeda holandesa), o equivalente hoje a 7,4 trilhões de dólares (algo como a metade do PIB norte-americano). (Informações disponíveis em http://en.wikipedia.org/wiki/Dutch_East_India_Company; acesso em 20/03/2013).

9 Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira afirmam que “[o]s descobrimentos criaram a necessidade de organizações com escala muito superior à das unidades produtivas então conhecidas: as

históricos importantes para impulsão dos caracteres daquilo que se convencionou chamar de *capital social*. Novas exigências econômicas, entretanto, transformaram a percepção negocial dos detentores da atividade econômica. Com a Revolução Industrial, o capital social passa a ser dissociado dos ares fugazes que estavam ínsitos na temporariedade dos recursos empregados nas atividades expansionistas. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira dizem que “[a] Revolução Industrial colocou os comerciantes diante de problema análogo ao que os grandes descobrimentos — dois séculos antes — haviam criado para as nações: a exigência de capital fixo, com imobilizações sempre mais vultosas. Com a tecnologia em rápido desenvolvimento, a multiplicação das máquinas e a grandeza dos empreendimentos, rompia-se o ciclo comum do giro comercial, exigindo-se mais capital imobilizado com tempo maior de maturação para produzir” (LAMY FILHO; PEDREIRA, 1997, p. 50). A partir deste marco histórico — a Revolução Industrial —, o capital social começa a ganhar vincos de perenidade, apartando-se da noção de um “fundo efêmero” para mera satisfação das necessidades econômicas ligadas exclusivamente às aventuras expansionistas do ator mercantil da Idade Média. A industrialização fez com que a alocação de capitais servisse para atendimento das necessidades da uma nova figura econômica qualificada pela intermitência: a *empresa*. Portanto, a “noção de capital social deriva do fato de a empresa moderna ser concebida para durar” (LOBO, 2001, p. 18).

Assim, a industrialização demandou a formação de um parque de máquinas de elevados custos de aquisição e manutenção. Porque revolucionou o modo de produção de bens econômicos, a industrialização e seus pesados investimentos em ativos fixos (principalmente maquinário e edificações) exigiram uma escala produtiva muito superior até como forma de satisfação dos investimentos capitalistas inicialmente feitos. Formou-se espontaneamente um ambiente de incentivos para que o gênio empresarial criasse técnicas organizativas com o fim de intensificar e perenizar a produção. Os ganhos de produtividade na era industrial foram enormes. E as técnicas de organização dos fatores de produção deram origem a uma nova figura econômica denominada *empresa*, que congregou capitais, trabalho, tecnologia sob a coordenação funcional do empresário.

possibilidades de lucro que a exploração do Novo Mundo, e do caminho das Índias, oferecia à iniciativa dos governos e dos particulares, somente podiam ser aproveitadas com grande volume de capital, mobilizados onde quer que pudessem ser encontrados. Mais ainda, tornou-se imperioso prover a luta econômica que se travava em torno do domínio das colônias e do comércio mundial.” (LAMY FILHO; PEDREIRA, 1997, p. 32)

4. CAPITALIZAÇÃO EM EMPRESA: INTERNALIZAÇÃO DE RISCOS

Nota-se, pois, que o capital é elemento imprescindível à noção de empresa. Se empresa é risco, o capital serve como um “amortecedor prévio” dos riscos. Do ponto de vista econômico, o ato de capitalização de uma empresa é uma forma de internalizar os custos incorridos com a exploração da atividade econômica. O aporte de capitais representa um financiamento dos outros meios necessários à exploração da atividade econômica (insumos, tecnologia, trabalho), ao mesmo tempo em que introjeta na empresa a imputação de responsabilidade patrimonial por alguns dos riscos possíveis (EASTERBROOK & FISCHER, 1996, p. 44). Mais do que servir de parâmetro quantitativo da limitação da responsabilidade de sócios ou empresários ou mesmo de possuir uma função produtiva, o capital é um elemento para delimitação do risco na medida em que teoricamente evitaria a transferência dos riscos relativos ao exercício da empresa para os credores ou terceiros. Nota-se, portanto, que o capital é um elemento de mitigação de externalidades; ou seja, é um instrumento de diminuição de transferência de custos para terceiros subjetivamente alheios à empresa.¹⁰ Essa ideia inicialmente assentada será mais bem explorada quando se dissertar sobre as funções do capital.

Cabem, agora, algumas considerações para distinções conceituais. Como o direito societário é o campo jurídico em que o conceito de capital mais se desenvolveu, far-se-ão constantes remissões a dispositivos da lei societária para comprovação normativa do que está sendo sustentado. Ainda que empresa e sociedade empresária sejam coisas conceitualmente diferentes¹¹, todas as conclusões com referência a lei societária servirão, mudando o que tem de ser devidamente mudado, para as outras áreas do direito empresarial em que se exige a inversão de capitais em uma estrutura organizativa criada para exercício da empresa (por exemplo, na EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

-
- 10 Gustavo Saad Diniz afirma que a subcapitalização é um risco transferido aos credores sociais: “O capital social pode ser insuficiente para garantir segurança a terceiros que negociam com a sociedade limitada. Gera-se um perigo e um potencial prejuízo que motiva a superação da pessoa jurídica, para responsabilização pessoal dos sócios e, em especial, do administrador que provocou a subcapitalização. Não se pode, por outro lado, responsabilizar sócios e administradores quanto à insuficiente capitalização na constituição da sociedade, porque a lei das limitadas, tampouco o CC/2002, exigem valores mínimos no momento inicial. É risco transferido ao credor que negocia com empresa recém-criada.” (DINIZ, 2003, p. 137).
- 11 Boa doutrina distingue, inclusive, poder de controle empresarial de poder de controle societário: “O poder de controle societário não se confunde, conceitualmente, com o poder de controle da empresa. Este último é exercido pelo empresário, i. e., pelo protagonista da atividade empresarial, pelo organizador dos meios de produção dedicados à empresa econômica. O primeiro é, ordinariamente, um poder do sócio, que — nas sociedades de capitais — permite-lhe influenciar a vontade social, apenas para adotar estratégias e para definir ações que maximizam a possibilidade de satisfação de seu direito de crédito. Serão, de qualquer forma, ações e estratégias da sociedade e não do sócio. A sociedade é, nesses casos, a única titular da empresa” (WARDE JR., 2007, pp. 278-279). Seguindo a mesma linha: CASTRO, 2010, pp. 70-100.

5. CAPITAL E PATRIMÔNIO: DISTINÇÃO

A doutrina distingue, com habitualidade, capital de patrimônio.

Na área societária, por exemplo, enquanto o capital seria a expressão econômica dos bens¹² que são objeto de contribuição dos sócios para que a sociedade empresária possa desempenhar o objeto social¹³, o patrimônio social representaria tanto o arcabouço de bens, direitos, deveres e relações jurídicas, como, do ponto de vista obrigacional, o lastro assecuratório da eficácia do adimplemento das prestações as quais uma sociedade está adstrita.¹⁴

-
- 12 O capital ganhou ampla sistematização no fenômeno societário. Interessante notar que, nas sociedades cujos sócios possuam responsabilidade limitada ao montante do capital social, a contribuição destes para a formação do capital social não pode consistir em prestação de serviços, ao contrário das sociedades cujos sócios respondam com patrimônio pessoal pelas obrigações sociais (as sociedades simples que adotem o tipo societário simples). Assim, em lado oposto à regra do art. 1.006 do Código Civil de 2002, só aplicável às sociedades simples e permissiva da contribuição dos sócios em prestação de serviços, com idêntico tratamento, aliás, para as sociedades em nome coletivo (art. 1.040 c/c o art. 1.006 do Código Civil de 2002), o §2º do seu art. 1.055 diz que, na formação do capital social, é vedada contribuição que consista em prestação de serviços. De igual forma, a Lei das S/As (Lei nº 6.404/1976), no art. 7º, determina que o capital social seja formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. A preocupação econômica do legislador, aqui, reflete a ligação necessária entre capital social e limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios.
- 13 Realçando a função econômica de produção na estrutura conceitual do capital social, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei das S/A define capital social como o “montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio, como recursos próprios *destinados, de modo permanente, à realização do objeto social*” (Exposição de motivos nº 186, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda, enviada ao Congresso Nacional por intermédio da Mensagem nº 204, de 02 de agosto de 1976, do Poder Executivo). Advirta-se, entretanto, que nem toda contribuição de sócio se transforma em capital social; pode, p. ex., virar reserva de capital, como se nota no art. 182, §1º, alínea *a*, da Lei das S/A. Ver, nesse sentido, importantes observações críticas de José Alexandre Tavares Guerreiro (GUERRERO, 1984, p. 8-16) e de Modesto Carvalhosa, proponente de um novo conceito de capital social, já que o tradicional “não mais representa a soma de todas as entradas de capital” (CARVALHOSA, 2002, vol. 1, p. 93). Para Modesto Carvalhosa, o capital social, deixando de corresponder ao valor total das ações subscritas e, portanto, de obrigatoriamente representar a soma de todas as contribuições em dinheiro ou em espécie, não mais expressa toda a massa patrimonial posta em função do negócio que constitui o objeto social. Em razão disso, lança, na seara acionária, um novo conceito de capital social, para afirmar que o capital social passa a “representar, apenas, a parcela do valor das ações subscritas que os acionistas vinculam, na constituição e em cada aumento (arts. 13 e 14), ao negócio empresarial que constitui o objeto da companhia. A outra parcela desse valor de subscrição, representada pelo ágio das ações com valor nominal (art. 13) e parte do valor das ações subscritas sem valor nominal, não mais será obrigatoriamente colocada em função das operações empresariais da sociedade, podendo ser destinada, como já referido, à negociação da companhia com suas próprias ações, absorção de prejuízos e resgate de ações ou de partes beneficiárias (art. 200). Diante desse quadro legal, pode-se definir o capital social como o valor das entradas de capital que os acionistas declaram vinculado aos negócios que constituem o objeto social” (CARVALHOSA, 2002, vol. 1, p. 95). Ressalte-se o *valor declaratório* do ato dos acionistas, a demonstrar que em matéria de formação do capital aplicado numa empresa se deve privilegiar a autonomia privada.
- 14 Utiliza-se, aqui, a decomposição obrigacional em (i) *débito*, expresso em um vínculo pessoal, de dever da pessoa obrigada a cumprir a prestação (dever de prestar) em contraponto ao direito do credor de exigir o adimplemento (direito de crédito), e (ii) *responsabilidade*, representado por um vínculo patrimonial, a indicar um estado de sujeição dos bens (ou de um, alguns, ou de parte deles) do devedor à ação do credor, ficando tais bens destinados a resguardar a satisfação coativa do direito do credor em caso de inexecução

Dos comercialistas mais clássicos, para quem o capital social “é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios” (REQUIÃO, 1980, p. 53), representando “o monte constituído para a base das operações sociais” (REQUIÃO, 1980, p. 53), aos juristas mais modernos, segundo os quais o capital social “representa, *grosso modo*, o montante de recursos que os sócios disponibilizam para a constituição da sociedade” (COELHO, 2000, p. 63), todos ressaltam o aspecto contributivo como sinal estruturante do conceito de capital social.¹⁵ José Alexandre Tavares Guerreiro, por exemplo, afirma que o capital social integra a “realidade ontológica” da sociedade empresária, “sem o qual esta não logra sequer se constituir validade, por falta de meio imprescindível à consecução de seus objetivos” (GUERREIRO, 1984, p. 1). Ele prossegue: “[a] mais singela noção que se pode apresentar do capital social o indica como o montante das contribuições dos sócios para a consecução dos objetivos da sociedade, vale dizer, para a realização da empresa. A essa idéia elementar corresponde outra, no plano econômico, que se mostra, tanto quanto a primeira, de todo precária para a compreensão global do instituto sob a perspectiva jurídica. *Lato sensu*, afirma-se com frequência que o capital vem a ser o conjunto dos recursos próprios com que conta a empresa para o desenvolvimento de suas atividades” (GUERREIRO, 1984, p. 8).

Waldirio Bulgarelli sistematizou criticamente as principais correntes teóricas sobre o capital social (BULGARELLI, 1998, p. 96). Uma primeira corrente toma o capital social como a junção das contribuições dos sócios: o capital social não é mais do que a soma das contribuições (concepção material) ou a expressão monetária do valor atribuído a essas contribuições no momento da constituição da sociedade (concepção formal). Uma segunda corrente, denominada *abstrata* ou *nominalista do capital*, toma como base a distinção entre capital e patrimônio líquido, este significando a quantidade resultante da diminuição do valor total atribuído aos bens e direitos de que uma pessoa é titular, no caso a sociedade empresária, do total das dívidas a que deve responder. Em razão disso, enquanto o patrimônio é a expressão da realidade tangível e se apresenta como um fundo efetivo de bens e direitos, continuamente variável em sua composição e no total,

obrigacional, correspondendo, sob outra perspectiva, ao direito do credor em atacar, em excussão, o patrimônio do devedor para ver satisfeito seu direito (GOMES, 1996, p. 9-24).

- 15 J. X. Carvalho de Mendonça afirmou ser “da essência da sociedade comercial a constituição do *capital*, fundo autônomo à disposição dos seus órgãos administrativos para a realização dos fins previstos no ato institucional. O capital social representa a totalidade, expressa em dinheiro, dos contingentes realizados ou prometidos pelos sócios com aquela distinção. É a primeira das garantias oferecidas aos terceiros: é o *fundamentum societatis*; é o seu sangue. (...) O *capital social* é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações” (CARVALHO DE MENDONÇA, 2001, pp. 35-37).

de acordo com as vicissitudes da empresa, o capital, pelo contrário, é uma entidade de natureza puramente abstrata e formal, um *nomen iuris*, cifra permanentemente da contabilidade que nem sequer necessita corresponder a um equivalente patrimonial efetivo. Essa contribuição abstrata ou nominalista do capital vai de encontro a alguns dispositivos de diversas legislações que empregam a palavra capital com conteúdo patrimonial (por exemplo, de que o capital é integrado pelas contribuições dos sócios). Por fim, a derradeira concepção se fundamenta na distinção dos dois aspectos do capital social: o *nominal* e o *real*, que surgem como anverso e reverso de um conceito jurídico unitário. Dessa maneira, o capital entendido na sua acepção nominal corresponde à cifra mencionada no estatuto e incluída nos sucessivos balanços, que determina o importe mínimo a que deve ascender o ativo líquido da sociedade. Em seu aspecto real, o capital é uma específica fração do patrimônio líquido social, não determinada qualitativamente, mas quantitativamente, de que a sociedade não pode dispor livremente, pois está destinada precisamente a ser uma entidade abstrata, formal e fictícia, para adquirir natureza real e patrimonial, até o ponto em que uma fração do patrimônio social se confunda com o capital.

Quanto ao patrimônio social, Waldirio Bulgarelli afirma que é “o conjunto de bens, direitos e obrigações (bruto) ou de bens e direitos menos as obrigações (líquido)”, sendo “essencialmente variável, sofrendo as mutações próprias da vida empresarial, nem sempre correspondendo ao capital” (BULGARELLI, 1998, p. 93).¹⁶ No mesmo tom, conquanto com maior sofisticação jurídica, LUIZ Gastão Paes de Barros Leães demonstra que a noção de patrimônio compreende o conjunto de valores de conteúdo econômico, positivos e negativos, vinculados a uma pessoa através de relações jurídicas definitivas, que compreende os seguintes dados fundamentais, de geral aprovação: a) conjunto de relações jurídicas, tanto ativas quanto passivas; b) apreciáveis economicamente; c) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa (LEÃES, 1969, p. 72-73).

Fábio Ulhoa Coelho também sustenta que “[n]ão se confunde o capital social com o patrimônio social. Este último é o conjunto de bens e direitos de titularidade da sociedade (ou seja, tudo o que é de sua propriedade). Note-se que, no exato momento da sua constituição, a sociedade tem em seu patrimônio apenas os recursos inicialmente fornecidos pelos sócios, mas, se o negócio que ela explora revelar-se frutífero, ocorrerá a ampliação desses recursos iniciais; caso contrário, a sociedade acabará perdendo uma parte ou a totalidade de tais recursos, e seu patrimônio será menor que o capital social — podendo vir a ocorrer, inclusive, a falência” (COELHO, 2000, p. 63).

¹⁶ Jorge Lobo, de modo conciso, diz que “[o] patrimônio social é o complexo de bens, direitos, obrigações e dívidas da sociedade” (LOBO, 2004, v. 1, p. 109).

Entretanto, nem mesmo no momento de constituição da sociedade o capital social pode equivaler ao patrimônio social¹⁷, o que é mais uma evidência de como essas duas figuras são completamente distintas.

6. CARACTERÍSTICAS DO CAPITAL SOCIAL

A doutrina aponta algumas regras que caracterizariam o capital social.

A primeira regra é a da *determinação*, segundo a qual o capital deve ser sempre fixado no estatuto (art. 5º, *caput*, da Lei das S/A) ou no contrato social (art. 997, III, do Código Civil de 2002). A *determinação*, aqui, decorre da própria essencialidade estruturante do capital para as sociedades empresárias.

A segunda regra é a da *efetividade*, da *realidade* ou da *correspondência*. O capital há de ser o *real*, devendo corresponder efetivamente ao lastro quantitativo dos bens objeto de contribuição dos sócios (LOBO, 2001, p. 21). Como meios para aumentar a eficiência dessa regra, há os mecanismos avaliativos postos pela legislação societária (p. ex., os artigos 8º, 86, I, e 89 da Lei das S/A), as regras de imputação de responsabilidade por falhas de estimativa dos bens conferidos (art. 1.055, §1º, do Código Civil de 2002 e o §6º do art. 8º da Lei das S/A), de modo a evitar, por exemplo, a figura do “capital aguado” (*watered stock*)¹⁸, e os mecanismos de coerção para integralização do capital social (art. 107 da Lei das S/A).

17 Waldirio Bulgarelli, com lastro na lição de Tullio Ascarelli, adverte que “nem sempre, no início da sociedade, o capital corresponde ao patrimônio, tendo em vista as despesas de constituição ou a emissão de ações abaixo do par” (BULGARELLI, 1998, p. 93). Também ressaltando o aspecto cronológico, Philomeno J. da Costa diz que “[o] capital social, nunca e demais frisá-lo, é o conjunto de bens atribuídos inicialmente a uma empresa pelos seus participantes. A atividade econômica caracteriza-se pela criação, circulação, distribuição e consumo de riquezas. (...) No Estado Democrático (que não o seja só no papel) o cidadão pode participar responsabilmente da circulação em geral das riquezas, retendo consigo os benefícios, que consegue com isto. A economia é privada. Os bens surgem, rodam e se exaurem particularizadamente. A empresa, sendo o núcleo de bens e serviços produtor constante de riquezas, caracteriza-se pela mudança perene de elementos seus. É com a substituição que o seu titular alcança a diferença positiva ou suporta aquela negativa entre os gastos e os recebimentos. De tempos em tempos têm que se medir os resultados dos negócios (balanço). É óbvio que os elementos do capital social se transfiguraram; a modificação ocorre para mais ou para menos, segundo haja respectivamente lucro ou prejuízo. O conjunto material primitivo de bens deixa de ser então chamado de capital. O conjunto *real* dos bens no decurso da vida da empresa passa a representar o patrimônio.” (COSTA, 1980, pp. 132-133).

18 Waldirio Bulgarelli narra a história do surgimento da expressão *watered stock* ou “capital aguado” para significar avaliação fraudulenta. Como, em inglês, o termo *stock* significa tanto ação (valor mobiliário de uma sociedade anônima) como gado, admite-se que tal expressão surgiu em razão de um fato, não se sabe se verdadeiro (dá porque ganhou ares de anedota), ocorrido no século retrasado. “Conta-se que Daniel Drew — adversário e principal concorrente do Comodoro Vanderbilt na luta pela tomada do controle das estradas de ferro — como negociante de carnes teria enganado Henry Astor, o mais importante açougueiro de Nova Iorque, vendendo-lhe gado magro por gordo, inchado de tanto beber água, após uma noite em que lhe foi servido apenas sal. Dela proveio a expressão *watered stock*, que foi adotada por Wall Street com a significação de capital aguado, pela supervalorização dos direitos ou bens entregues para a sua integralização”. (BULGARELLI, 1998, p. 95, nota de rodapé 4).

A terceira e última regra é a da *estabilidade*, ou *intangibilidade*, ou *variabilidade condicionada* (BULGARELLI, 1998, p. 97). A quantia designada no estatuto social como capital não pode ser alterada, para mais ou para menos, senão por meio de observância de formalidades legais a respeito e por alteração estatutária (art. 6º da Lei das S/A). É de salientar, entretanto, que a concepção de estabilidade do capital social vem sofrendo inúmeras modificações. Como aponta Mauro Rodrigues Penteado, “[j]á se vai longe o tempo em que o capital era considerado uma cifra fixa e em princípio imutável do contrato social, cuja alteração, independentemente de sua causa, ensejava o direito de recesso (art. 158 do Código do Comércio italiano de 1882). De acordo com essa concepção, de cunho marcadamente contratualista e que foi adotada pela maioria das leis societárias do século passado, inclusive pela lei francesa de 1867, o aumento de capital era qualificado como nova constituição parcial da sociedade.” (PENTEADO, 1988, p. 2). Esta, aliás, era a mesma concepção da legislação acionária do século retrasado, o Decreto-lei nº 434, de 04 de julho de 1891, que estabelecia, no art. 93, as três únicas hipóteses em que o capital social podia ser aumentado. Contudo, as necessidades da praxe societária ao longo do século passado e principalmente a busca incessante da agregação de capitais pelas sociedades empresárias fizeram com que a doutrina e posteriormente a legislação passassem a reconhecer a necessidade de facilitação do procedimento de aumento de capital, como se fossem eventos “fisiológicos” da vida da empresa (PENTEADO, 1988, pp. 2-3).

Quanto à redução do capital social, a legislação igualmente impõe algumas condicionantes procedimentais (arts. 1.083 e 1.084 do Código Civil de 2002; arts. 173, §1º, e 174 da Lei das S/A). Destaca-se, neste ponto, a possibilidade de oposição dos credores quirografários da sociedade limitada que tiver seu capital reduzido por deliberação societária no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação da ata do conclave societário que deliberar a redução (art. 1.084, §1º, do Código Civil de 2002), prazo esse que diminui para 60 (sessenta) dias no caso das sociedades por ações (art. 174, *caput* e §1º, da Lei das S/A).

7. FUNÇÕES DO CAPITAL E O JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

Sob seu aspecto funcional, o capital se impõe sobre uma miscelânea de variantes.

Paulo de Tarso Domingues, em monografia fundamental sobre o tema, diz que, “[n]o plano externo, i. é, no âmbito das relações *ad extra* — para fora da sociedade —”, o capital pretende desempenhar uma função de garantia, outra de avaliação econômica da empresa e, por fim, uma função de socialização. Por sua vez, no plano

interno, vale dizer, “nas relações que se estabelecem *ad intra*”, o capital social desempenharia as funções de atribuição da qualidade de sócio, de determinação da posição jurídica do sócio, de “arrumação” do poder societário e de produtividade (DOMINGUES, 1998, pp. 137-191)¹⁹.

Há, no entanto, um consenso entre a maior parte da doutrina a respeito de três funções primordiais do capital.

A primeira função é a de *garantia*. Segundo ela, há obrigação legal de que o valor real dos bens e direitos que integram o patrimônio ativo da companhia supere o total das dívidas e obrigações que o gravam em quantia ao menos igual àquela que é expressa pelo capital. Esta função, até pelo constante debate doutrinário, será mais bem apurada no ponto seguinte.

A segunda função é a de *determinação da posição do sócio*. A quantificação da participação de um sócio no capital indica sua posição no quadro societário, com reflexos em todos os demais temas societários aos quais haja referência a essa participação (ex., acionista controlador, acionista minoritário, quórum de instalação, quórum de deliberação, etc.); inclusive quanto à retribuição econômica (lucros, dividendos, etc.) calculada em razão de determinada posição societária. No plano interno, essa função do capital é denotativa da medida de poder outorgado a cada um dos sócios em razão da quantidade de capital por ele detida. O capital serve, aqui, como instrumento de taxonomia do poder no jogo intrasocietário, caracterizando o que Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto designou tempos atrás de “função interna” do capital social, porque “fixa as relações patrimoniais entre os sócios, e, na conformidade da contribuição de cada um, regula a sua participação na vida social, quer nos riscos, quer nos lucros” (PEIXOTO, 1958, p. 122).

A última função é a da *produtividade econômica*. O capital é um dos instrumentos de suprimento das necessidades de financiamento da empresa. Justamente por isso, deveria guardar congruência com o tamanho, complexidade e riscos envolvidos com o exercício da atividade compreendida no objeto social. Aqui, o capital social revela o seu conteúdo nitidamente econômico. Ele é meio para alocação eficiente de recursos, com eliminação ou, ao menos, diminuição dos riscos negociais provocados por um capital social insuficiente ou inadequado aos

19 Paulo de Tarso Domingues diz que o capital tem múltiplas funções, tanto do ponto de vista interno, como da perspectiva externa. No plano externo, o capital tem a função de garantia, a função de avaliação econômica da empresa e a função de socialização. Já no plano interno, o capital social teria a função de atribuição da qualidade de sócio, função de determinação da posição jurídica do sócio, a função de arrumação do poder societário e a função de produtividade (DOMINGUES, 1998, pp. 137-191).

propósitos econômicos.²⁰ O parâmetro que vigeria aqui é o da *quantia adequada para a realização do objeto social*. Sustenta-se que um capital inadequado pode gerar externalidades, com o deslocamento indevido dos riscos da empresa para terceiros alheios a ela (credores ou não credores). Algumas decisões judiciais, aliás, vem aplicando medidas de desconsideração da personalidade jurídica em caso de inadequação do capital.²¹

Porém, e aqui é o mais importante, o juízo de *adequação* do capital aplicado na empresa deve ser feito pelo próprio empresário ou investidor. Esse, no livre exercício de sua autonomia privada, presumivelmente possui um grau de sofisticação para o empreendedorismo e uma capacidade avaliativa dos riscos provavelmente incorridos com a exploração da empresa. Além disso, ele possui naturalmente maior proximidade empírica com os elementos necessários para exploração de determinada empresa, bem como saberá avaliar a complexidade e tamanho da empresa para tomar uma decisão de investimento ou financiamento dessa atividade. Além disso, a disposição para correr risco pertence ao empresário ou ao sócio investidor e o juízo de quantificação do capital aportado deve ser considerado como um ato altamente especializado do empresário, de modo que, salvo nos casos de atividades econômicas com extrema relevância pública (p. ex., a atividade de intermediação financeira ou captação de poupança popular), a legislação empresarial não deveria prever patamares mínimos de capitalização *a priori*, deixando o tema para a autonomia privada dos agentes econômicos. Tampouco seria cabível, *como regra*, um juízo *a posteriori* de adequação do capital porque muitas das condições *atuais* denotativas de infracapitalização ou inadequação do capital podem não ter estado presentes no momento da decisão

20 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRECLUSÃO. USO ABUSIVO. Possível ao julgador o reexame da aplicabilidade da desconsideração, pois a matéria é tratada no Código de Defesa do Consumidor como um poder-dever do magistrado, sujeito à análise valorativa de pressupostos, alterável ao longo da causa. *Importa em uso abusivo da personalidade jurídica e autoriza o direcionamento da execução aos bens da agravante o fato de inexistir a necessária distinção entre seu patrimônio e o da empresa que administrava, bem como a insuficiência do capital social da sociedade para cobrir os riscos inerentes ao seu objeto.* Também a circunstância de ser a recorrente detentora de 99% das quotas sociais, pertencendo o outro 1% ao seu filho, menor impúbere, está a apontar para a manipulação do instituto. Agravo improvido.” (TJRS, agravo de instrumento nº 70006350797, 10ª Câmara Cível, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 25.09.2003).

21 “EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Estando a empresa sem exercer atividades por mais de cinco anos, não possuindo sede, maquinário ou equipamentos, tem-se como dissolvida, por equiparação. Ausência de comprovação de o capital social descrito no contrato haver sido efetivamente integralizado. Evidente confusão entre a pessoa jurídica, prestadora de serviços, e seus sócios integrantes. Abuso de direito. *Inexistência de adequação do capital aos recursos necessários para o desempenho seguro da atividade social e para suportar os riscos de sua atividade. Desconsideração do ente jurídico* para haver crédito em vista de acidente do trabalho. Recurso improvido. Unânime.” (TJRS, apelação cível nº 70007547581, 10ª Câmara Cível, Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 30.09.2004)

de inversão de capitais. Assim, esse tema deve ser insindicável *a priori* pela legislação, embora a adequação do montante de capital a ser aportado possa ser *excepcionalmente sindicável a posteriori* por iniciativa dos credores com a busca de tutela jurisdicional prestada *exclusivamente* diante de um estado de insolvência no qual a insuficiência ou inadequação do capital tenha sido o motivo *manifestamente determinante* para a constituição daquele estado. Essa é a tese desse estudo.

Adiante, ver-se-á o porquê da inadequação das cifras de capital mínimo postas genérica e antecipadamente pela legislação.

8. A GARANTIA DOS CREDORES E A TUTELA ANTECIPADA DO CAPITAL SOCIAL

Há uma ideia generalizada que o capital social ou o capital investido numa empresa é a garantia dos seus credores. Essa ideia se deve à gênese do próprio *capital social* como expressão do deslocamento de uma parcela patrimonial. Mauro Rodrigues Penteado, a propósito, afirma que o “problema da limitação da responsabilidade, nas sociedades comerciais, tem a ver com a constituição de um patrimônio separado ou autônomo, que passará a suportar com exclusividade a ação dos credores, nos limites de sua constituição, de acordo com a disciplina legalmente estabelecida para preservar a sua integralidade. A separação patrimonial pode ter como consectário a limitação da responsabilidade, na medida em que permite a circunscrição de uma massa de bens responsáveis; por tal motivo, patrimônio separado e responsabilidade limitada se conjugam em unidade permanente e indissolúvel, tal como ‘irmãos siameses’, segundo a feliz expressão de Sylvio Marcondes. O capital social aparece, assim, nos sistemas legais de filiação romano-germânica, como um instituto destinado a tornar possível a limitação da responsabilidade, mediante um conjunto de normas inderrogáveis, inclusive de natureza penal, que visam a tutelar aquele patrimônio especial, subtraído do conjunto geral de bens dos sócios, para formar a base patrimonial da sociedade” (PENTEADO, 1988, p. 13).

Prega-se habitualmente a ideia de que o capital representa, no fundo, a via de entrada para construção do arcabouço patrimonial que se utilizará na exploração da atividade econômica. O capital representaria, assim, um dos instrumentos de dosagem na construção do patrimônio social, seja no momento inicial de constituição de uma sociedade empresária, seja em momentos posteriores de aumento ou redução do capital. No momento da apropriação contábil pela sociedade empresária da quantia prometida pelo sócio (a integralização), o dinheiro ou o bem recebido a título de integralização do capital social se converte de imediato em

patrimônio e nele (o capital) não mais se toca. Assim, segundo a visão tradicional, mesmo que no sentido jurídico, como defende Carlos Augusto da Silveira Lobo, o capital social corresponda “a uma idéia abstrata, um mero número ou cifra, sem relação com o conjunto de bens integrantes do patrimônio, ou com este ou aquele determinado bem” (LOBO, 2001, p. 14), constituindo uma *cifra de retenção*, esse capital teria a relevante função de dar eficiência econômica à atuação do empresário.

Porque *cifra de retenção*, intangível para os sócios ou para o empresário — prossegue a doutrina tradicional —, o capital se converte patrimonialmente em bens que estarão permanentemente em estado de sujeição a qualquer ação do credor. Fábio Konder Comparato, por exemplo, assevera que os “direitos dos credores sociais, relativamente ao patrimônio de uma companhia, unificam-se, todos, em torno do princípio básico da integridade do capital social. Muito embora esse princípio venha sendo temperado ou completado, sob a influência crescente da experiência anglo-saxônica, com regras atinentes ao patrimônio social líquido (*net worth of business*) e à publicidade e prestação de informações, continua sendo o capital, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, a peça fundamental de proteção aos terceiros credores. Perante este, representa ele, com efeito, a medida última da garantia patrimonial da companhia, dado que os acionistas não respondem pelos débitos sociais (Lei Federal nº 6.404, de 1976, art. 2.º)” (COMPARATO, 1981, pp. 148-149). Ainda porque *cifra de retenção*, o capital social não se modificaria com a exploração da empresa; ele fica imune às atividades, é formalmente imutável, só sofrendo alteração, para mais ou para menos, por deliberação dos sócios; o que sofre alteração com o cotidiano da exploração da empresa é o patrimônio (conjunto de bens da sociedade), que está sujeito às contingências da vida social (amplia-se com o lucro e reduz-se com os prejuízos) (BORBA, 2003, p. 209).²²

Pela mesma razão retentora, o capital social está sempre a fazer referência a uma parcela do patrimônio que não pode ser distribuída antecipadamente pela sociedade aos sócios. Como apontou concisamente Paulo de Tarso Domingues, “[o] capital social, diz-se, é intangível, querendo-se com isso significar que o capital social real — i. é, aquela fracção ideal do activo que se destina à cobertura da cifra do capital social nominal — não poderá ser beliscado ou diminuído, por virtude da atribuição de bens aos sócios” (DOMINGUES, 1998, pp. 103-104).

22 Diz o José Tavares Borba: “O capital apresenta-se como um indicador dos recursos destinados à atividade social — fundo de atuação — a ser mantido constante, daí a intangibilidade que lhe inibe a distribuição aos acionistas a não ser na liquidação da sociedade, depois de atendidos todos os credores.” (BORBA, 2003, p. 210)

Isso, evidentemente, não retira a natureza do capital social como um débito da sociedade para o sócio; apenas o torna inexigível pelos sócios antes da liquidação da sociedade.²³ Mauro Rodrigues Penteado disse claramente isso ao escrever que “montante do capital social figura no passivo do balanço da sociedade, por representar um débito desta para com os sócios; mas como tal débito não pode ser saldado, em princípio, enquanto existente a companhia, esse passivo é qualificado como não exigível (integrando o patrimônio líquido, conforme lei nº 6.404/76, arts. 178 e 182). Nessas condições, o capital funciona, perante o patrimônio da sociedade, como uma ‘cifra de retenção’, prendendo, no ativo, bens suficientes para equilibrá-la; os credores, com esse mecanismo, contam com um índice de garantia patrimonial, que mede a variação do patrimônio social em relação ao importe dos bens que os acionistas vincularam aos negócios que constituem o objeto social. as características próprias do capital social e do patrimônio — aquele marcado pela fixidez, este pela mutabilidade — explica a orientação legislativa que se veio desenvolvendo em dois sentidos: a) de um lado, procurando manter a congruência entre capital e patrimônio no momento da constituição da sociedade, mediante regras que, por exemplo, impõem a avaliação dos bens relativos às entradas de capital; b) de outro, com base no chamado ‘princípio da integridade do capital’, editando uma série de normas que buscam a sua preservação durante a vida da sociedade” (PENTEADO, 1988, p. 14).

Essas são, então, as razões da intangibilidade do capital social. Ela se materializa, no ordenamento jurídico brasileiro, na proibição de distribuir dividendos com prejuízo do capital social (art. 201, *caput* e §1º, da Lei das S/A e art. 1.059 do Código Civil de 2002), na obrigatoriedade de constituição da reserva legal do art. 193, *caput*, da Lei das S/A para manutenção de hígidez do capital social da companhia, na proibição da companhia negociar com as próprias ações (art. 30, *caput*, da Lei das S/A), nas regras procedimentais para a redução do capital social (arts. 1.083 e 1.084 do Código Civil de 2002; arts. 173, §1º, e 174 da Lei das S/A) e nas restrições à participação recíproca entre sociedades (art. 244, §§1º a 6º, da Lei nº 6.404/1976, e art. 1.101 do Código Civil de 2002).

O capital social, pois, representaria tradicionalmente uma barreira ao desfalque patrimonial antecipado pelos sócios. Por meio dele, fecha-se a comporta da barragem patrimonial, impedindo-se o esvaziamento parcial ou total do patrimônio

23 José Alexandre Tavares Guerreiro, por exemplo, assevera, em relação às sociedades anônimas, que, “sob um ponto de vista jurídico, o capital social corresponde a uma conta integrante do patrimônio líquido, de caráter *inexigível*, que registra, além das incorporações de reservas, as contribuições dos acionistas convencionalmente alocadas à finalidade específica de fazer trabalhar a empresa, ou, numa visão formal, a sociedade” (GUERREIRO, 1984, p. 25)

social ou a transferência indiscriminada e antecipada (antes dos pagamentos dos débitos sociais) de recursos do patrimônio social para os patrimônios dos sócios. Na visão consolidada, o capital social é uma garantia *indireta* para os credores²⁴, visto que, uma vez inserindo no balanço como um débito da sociedade, essa estará impedida de atribuir lucros aos sócios sem ter em conta uma partida do passivo. O capital social seria, pois, uma *fictio juris* concebida para a salvaguarda dos credores sociais. Talvez eis o motivo pelo qual Tullio Ascarelli partiu para a construção do elemento denominado capital social em face da problemática entre a eterna variabilidade do patrimônio social e a incidência sobre este de um dos liames da responsabilidade, vale dizer, da faceta do patrimônio social como a garantia dos credores (ASCARELLI, 2001, pp. 463-480)²⁵.

9. CRÍTICA À IDEIA TRADICIONAL DO CAPITAL COMO GARANTIA — AINDA QUE SECUNDÁRIA OU INDIRETA — DOS CREDORES (E PORQUE A FUNÇÃO DE PRODUÇÃO ECONÔMICA É INSINDICÁVEL PELO LEGISLADOR OU PELO JULGADOR)

No meu modo de ver — e contrariamente à doutrina tradicional —, a capitalização da empresa pouco ou quase nada diz para a segurança dos credores de que a obrigação jurídica será adequada, regular e tempestivamente solvida. Capital não é instrumento de garantia das operações jurídico-econômicas travadas pela sociedade. Ainda que realmente ela represente um razoável bloqueio ao esvaziamento patrimonial antecipado da sociedade empresária pelos seus sócios (ou da empresa individual pelo seu titular), ou mesmo um meio para internalização dos riscos econômicos do empreendimento, isso tem muito pouco a dizer em matéria de segurança das relações patrimoniais travadas com os credores. Imagine-se uma sociedade empresária com capital muito baixo e um patrimônio

24 Nesse sentido, Paulo de Tarso Domingues: “Na verdade, o capital, neste caso, apenas poderá ser perspectivado enquanto garantia indirecta ou de segundo grau, já que a garantia directa dos credores tem necessariamente que se reconduzir a bens concretos que constem do património social. (...) Com efeito, o regime da tutela do capital social tem por objectivo conseguir que constem do património líquido, (i. é, da diferença entre activo e passivo) bens de valor, pelo menos, idêntico à cifra do capital. Pelo que, de acordo com o regime gizado na lei, as dívidas sociais estarão — em princípio — garantidas pela existência no património da sociedade de bens que se destinam à sua cobertura e ainda, *suplementarmente*, pela existência de bens que se destinam à cobertura da cifra do capital social. O capital social constitui-se, pois, como o mínimo de garantia suplementar para os terceiros credores sociais” (DOMINGUES, 1998, pp. 139-140). Carlos Augusto da Silveira Lobo afirma ser a missão do capital social “proteger os credores contra o indevido esvaziamento do património social pela transferência de recursos para os patrimônios dos sócios além do limite previamente estabelecido e publicado” (LOBO, 2001, p. 18).

25 O comercialista italiano afirmou: “Em torno do conceito da tutela do capital social podem-se reagrupar duas séries de normas: a primeira, regulando a *constituição* da sociedade, tem em vista fazer com que o valor efetivo do património inicial da sociedade não seja inferior ao capital; a segunda tem em vista tutelar a integridade do capital social durante a *vida* da sociedade, levando em conta a gestão da empresa” (ASCARELLI, 2001, p. 473).

estupendamente elevado. Qualquer manobra dos sócios para esvaziamento do capital investido não resultará, no final das contas, em prejuízo algum para os credores, que continuarão a contar com um gigantesco patrimônio para solver seus créditos. Além disso, a prática empresarial demonstra que o capital social é muitas vezes de pouco utilidade em cumprir qualquer função garantidora de operações de crédito. Isso porque, no cotidiano, os negócios jurídicos que implicam obtenção de crédito geralmente atrelam outros instrumentos garantidores da solvabilidade (ANDRADE FILHO, 2004, pp. 126-127). Assim, é muito comum que avais, hipotecas, alienações fiduciárias e outras garantias pessoais ou reais, algumas delas prestadas pelos sócios, sejam agregadas às operações creditórias da sociedade empresária como forma de assegurar o recebimento pelos credores. Aqui, a prática dá demonstrações claras de superação da doutrina tradicional.

Segundo, achar que o capital exerce, ainda que indiretamente, uma função de garantia dos credores é desconhecer as inúmeras e complexas operações de financiamento e capitalização empresarial. Grandes corporações empregam as mais modernas técnicas de administração financeira para combinar capital próprio, dos sócios com capital de terceiros aportado sob diversas formas: desde simples mútuos onerosos a complexas operações envolvendo debêntures, títulos de dívida e outros. Nesses casos de aporte de capital de terceiros, esses frequentemente pouco se interessam sobre a quantificação do capital social; eles estão mais interessados em avaliar o risco de crédito e perceber o pacote de retornos do investimento caracterizados pelos juros, correção e outros fatores remuneratórios. Aliás, essa possibilidade de combinação de múltiplas formas de financiamento da atividade empresarial é uma demonstração clara de que a autonomia privada nessa área deve ser privilegiada ao extremo. As inúmeras combinações possíveis de recursos, investimentos, capitais próprios ou de terceiros, devem ser obtidas a partir de escrutínio exclusivo do empresário: é ele quem possui *discricionariedade técnica e discricionariedade econômica* para avaliar o montante a ser investido, os riscos incorridos (mesmo que eventualmente assimetrias informacionais dificultem a ponderação de todos os riscos), a probabilidade de externalidades e outros fatores levados em consideração no juízo organizativo de ajustamento dos fatores de produção à empresa.

10. A CAPITALIZAÇÃO ADEQUADA COMO DILEMA E A CAPITALIZAÇÃO MÍNIMA IMPOSTA GENERICAMENTE POR LEI COMO ESQUEMA

É indubitável que a quantidade de capitais alocados num empreendimento representa um dilema na escolha de uma entre várias opções. Por ser um dilema, significa uma tomada de decisão em um cenário de riscos. Aqui, a relação entre custos e benefícios dessa alocação desempenha um papel crucial na equação

daquele dilema. As pessoas em geral tomam decisões econômicas em razão de um desejo básico: obter o máximo de resultado com o mínimo de custo (ou esforço). Essa equação não difere para os empresários, que diuturnamente tomam decisões de financiamento em sentido lato.

A mesura do capital de um empreendimento é um desses dilemas econômicos. Porque dilema, a capacidade humana de defini-la deve ser sobrevalorizada. O ser humano dotado de plena capacidade é o maior senhor de si próprio: mais importante, o critério *vivência da situação* é um fator que deve ser prestigiado. São os próprios agentes econômicos que estão concretamente passando pela situação, razão pela qual somente eles conseguem reunir todos os elementos fáticos que devem ser conscientemente ponderados para formação de juízos preditivos sobre a adoção dos comportamentos possíveis. Isso não quer dizer, evidentemente, que o direito não possa editar normas que formem um conjunto de incentivos a ser levado em consideração durante a ação econômica. Mas disso não decorre, pelo menos no campo da estrutura organizacional da empresa, intervenções legais para predizer, *genericamente*, a quantidade necessária de capitalização a ser injetado. Portanto, deve-se adotar aqui a *primazia da autonomia privada*.

O desenvolvimento do mercado (ou seja, do espaço social dedicado às trocas geradoras de bem-estar) não se faz apenas com normas definitórias de garantias dos credores. É preciso que haja, prevalentemente, um prestígio à liberdade dos agentes econômicos: liberdade de contratar, liberdade de distratar, liberdade de organizar-se. O ordenamento jurídico deve encontrar um equilíbrio entre a necessidade de proteção dos credores sem que isso implique intervenções inadequadas e/ou desproporcionais na liberdade do empresário em dar forma organizativa ao seu empreendimento (CASTELON, 2007, p. 212). Portanto, as intervenções legais sobre capitalização de uma empresa devem ser esporádicas, específicas e pontuais: a tutela preventiva do capital social só cabe nos casos de atividades em que os riscos sociais são multiplicados por alguma característica específica da atividade a ser desempenhada e não conseguem ser majoritariamente capturados pela estrutura organizativa empresarial. Assim, porque a atividade de intermediação financeira é geradora de inúmeras externalidades não facilmente capturáveis pela estrutura organizativa da empresa, o ordenamento jurídico intervém e reforça os instrumentos de internalização desses riscos não imediatamente associáveis por meio da atribuição de regras de capitalização mínima para os bancos e demais instituições financeiras. Fica claro, portanto, que a intervenção legal sobre a capitalização da empresa deve ser residual e somente é cabível nos casos de a *atividade econômica* exigir um reforço nos mecanismos de proteção contra riscos idiossincráticos.

Porém, a doutrina tradicional afirma que a fixação de um capital mínimo obedece a um dos dois objetivos básicos (quando, não, aos dois): (i) o capital mínimo representa um elemento de diferenciação entre os diversos tipos societários, dando-lhes destinação diversa em razão de uma escala crescente de patamares mínimos de capital²⁶; e/ou, (ii) fixação da responsabilidade da sociedade empresária que atua em certos setores da atividade econômica.

Em relação à capitalização mínima, Paulo de Tarso Domingues sustentou que essa exigência “é, na verdade, encarada por uma boa parte da doutrina como o ‘correctivo da responsabilidade limitada, ordenado à garantia dos credores sociais’” (DOMINGUES, 1998, p. 146). E prossegue o jurista português: “A figura do capital social mínimo surgiu, pois, como o contrapeso da limitação de responsabilidade por parte dos sócios, sendo ainda hoje assim perspectivada por um grande número de autores. Com a sua institucionalização pretendeu-se estabelecer aquilo que alguma doutrina designa como um ‘limiar de seriedades’ (*Seriositätsschwelle* ou *soglia di serietà* são as expressões respectivamente utilizadas pela doutrina alemã e italiana), que os novos entes jurídicos — as sociedades de responsabilidade limitada — terão de observar para poderem intervir no comércio jurídico-mercantil” (DOMINGUES, 1998, p. 148).

Porém, pequena mas substancialmente qualitativa doutrina aponta argumentos contrários à imposição legal de uma quantificação do capital social. Embora aparentemente titubeante, essa doutrina confere valência substancial à autonomia privada em matéria empresarial. Mauro Rodrigues Penteadó anota, por exemplo, que “[a] idéia da fixação de um capital social tem contra si, em primeiro lugar, a

26 Aqui, os doutrinadores defendem que fossem adotados patamares mínimos de capital social, de modo que à sociedade simples atribuir-se-ia um capital mínimo pequeno para que os agentes econômicos pudessem utilizá-las em pequenos empreendimentos; à sociedade limitada, um capital mínimo maior que o anterior, para dar-lhes utilidade em razão dos empreendimentos de médio porte; às sociedades por ações, um capital mínimo vultoso, para que só se as adote nos negócios de grande escala (BULGARELLI, 1998, p. 98; MARTINS, 1996, p. 272). Nelson Abrão sustentou que “[p]reconizar o capital mínimo significa espelhar o retrato de atividade econômica compatível com a natureza do seu objeto social, refletindo um pressuposto regular de responsabilidade, diminuindo as mazelas, minimizando as fraudes, notadamente quando observamos grandes projetos serem realizados por intermédio de empresas com a marcação irrelevante do capital” (ABRÃO, 2002, p. 62-63). Ainda, Philomeno J. da Costa, para quem “[d]e jure condendo será conveniente que a lei generalize a obrigatoriedade para as companhias de um capital mínimo” (COSTA, 1980, p. 132). É importante ressaltar, ainda que para lamentar, a doutrina que defende um limite máximo para o capital em razão do tipo societário. Essa proposição doutrinária recebeu contundente crítica de José Waldecy Lucena: “O mesmo é de se dizer pertinentemente à fixação de um capital máximo, para a sociedade por quotas, embora, também aqui, por sua adoção se incline a maioria da doutrina, mas no que não foi seguida pelas diversas legislações, das quais apenas algumas estabeleceram um teto máximo para o capital social das sociedades limitadas (Suíça, Espanha, Uruguai). (...) E o fundamento invocado para tanto, qual o de manter esse tipo social restrito à pequena e média empresas, reservado à grande empresa, de capital elevado, somente o tipo da sociedade anônima, entremostra-se inconveniente” (LUCENA, 2001, p. 219).

própria lógica do capital social; como observa Sylvio Marcondes, o que realmente interessa aos credores é que os valores passivos da sociedade não excedam os seus valores ativos por quantia superior ao capital social, não lhes importando o valor absoluto do capital e sim o valor daquele excesso em relação ao capital. Por outro lado, mesmo em países, como os Estados Unidos, onde a maior parte das legislações estaduais exige um capital mínimo, a questão dessa limitação tem sido considerada uma tentativa fútil de fazer frente ao problema da responsabilidade limitada” (PENTEADO, 1988, p. 19). Curiosamente e apesar dessas palavras, Mauro Rodrigues Penteado prega, assim como nesse trabalho, uma abordagem minimalista da tutela da capitalização da empresa quando diz que a “fixação do capital inicial de uma sociedade, assim como as decisões subsequentes de modificá-lo, constituem algumas daquelas matérias em que o legislador deve reduzir ao mínimo sua intervenção, limitando-a às regras indispensáveis à tutela dos interesses envolvidos” (PENTEADO, 1988, P. 37).

José Alexandre Tavares Guerreiro, ainda que exalte a exigência do capital mínimo como um “postulado de adequação dos recursos financeiros próprios da empresa ao desenvolvimento de suas atividades” (GUERREIRO, 1984, p. 27), chancela a liberdade de atuação do empresário na capitalização da estrutura organizativa empresarial quando afirma que “a questão do capital mínimo sugere que se reflita, paralelamente, em torno dos próprios limites à intervenção do Estado na economia das sociedades comerciais, derrogando, *in casu*, no interesse público, a autonomia da vontade dos acionistas no que concerne ao dimensionamento do empreendimento social. Se tal ingerência hoje se reconhece sem maiores questionamentos em campos específicos de atividades, qual, por exemplo, o das instituições financeiras, em virtude da prevalência direta dos interesses coletivos, o mesmo não acontece com relação à generalidade das companhias, engajadas em atividades não expressamente reguladas pelo Poder Público” (GUERREIRO, 1984, p. 27).

11. A CAPITALIZAÇÃO MÍNIMA IMPOSTA GENERICAMENTE PELA LEI COMO INSTRUMENTO INADEQUADO DE CAPITALIZAÇÃO: O CASO DA EIRELI BRASILEIRA

O estabelecimento *a priori* de uma regra *genérica* de capitalização mínima para estruturas empresariais é algo inidôneo por motivos históricos. Além de inidôneo, é inadequado por razões empíricas.

As regras de capitalização mínima não significam uma garantia de *capitalização adequada* de determinada empresa diante da multiplicidade de situações fáticas possíveis. Há inúmeros fatores a serem levados em consideração numa

decisão de empreendimento que impactam a quantidade de capital aportado e eles são de difícil ou impossível apreensão *a priori* pelo legislador. Historicamente, regras de capitalização inicial mínima se mostraram inidôneas empiricamente para dissipar os riscos da capitalização inadequada (ARMOUR, 2006, *passim*). Capitalização adequada não cabe, portanto, numa equação rígida e inflexível posta aprioristicamente pelo legislador.

Além disso, a fórmula preventiva de proteção do capital social por meio de regras de capitalização mínima se mostrou ineficiente em todo o continente europeu para a geração de um dinâmico ambiente de negócios. No momento em que legislações de países europeus contendo diferentes vertentes sobre a regulação prévia da quantidade de capital passaram a concorrer por investimentos privados, aquelas que continham regras de quantificação *a priori* de capitalização mínima foram percebidas como um fator desestimulador de negócios. Como consequência, houve perdas para a dinâmica da economia.²⁷

Como se isso já não fosse o bastante, há evidências empíricas da inadequação de uma regra de capitalização mínima para estruturas empresariais.

Percebeu-se que o capital inicial mínimo não representa um *amortecedor de riscos* do negócio (CASTELON, 2007, p. 224). Em outras palavras, a capitalização inicial mínima posta genericamente para uma estrutura organizativa empresarial (uma sociedade ou uma empresa individual) não é uma garantia absoluta de que as perdas serão absorvidas, com o que a regra que a determina carece de funcionalidade econômica e, por não realizar o valor que lhe é subjacente (a garantia dos credores), representa uma inadequada barreira à entrada no mercado de novos agentes econômicos.

Legislações que pregaram *a priori* um patamar mínimo de capitalização criaram nos credores uma falsa sensação de segurança quanto à suficiência do financiamento da atividade empresarial pelo capital próprio do devedor (CASTELON, 2007, p. 224), o que acaba sendo um elemento legislativo que falseia a realidade e potencializa, em vez de amortizar, os riscos econômicos das transações. Nesses casos, fica claro que o legislador, ao editar uma regra genérica de capitalização mínima, erra o alvo.

27 Nos casos *Daily Mail* (1988), *Centros* (TJCE, Rs C-212/97, 1999), *Überseering* (TJCE, Rs C-208/00, 2001), *Inspire Art* (TJCE, Rs C-167/01, 2003), *SEVIC* (Caso C-411/03, 2005) e *CARTESIO* (TJCE, Rs C-210-06), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia aplicou a “liberdade de sede” (*freedom of establishment*) dos artigos 43 e 48 do Tratado da Comunidade Europeia. Essas decisões judiciais provocaram uma espécie de *concorrência legislativa* entre os sistemas societários desses países. Imediatamente após essas decisões, países que previam a capitalização inicial mínima, como a Alemanha, começaram a ver a constituição de sociedades limitadas em países de regramento mais liberal, como a Inglaterra. Isso forçou uma profunda mudança nas regras de capitalização mínima.

Por fim, a desproporcionalidade da regra genérica de capitalização mínima se torna evidente por desconsidera que, se o risco da atividade empresarial é parte inerente do jogo econômico, o direito societário não é o instrumento que necessariamente servirá para a tutela dos credores. Nesse sentido, o direito anglo-saxão, que posterga a proteção dos credores negociais para o momento da insolvência, atribuindo à legislação falimentar ou recuperacional o papel de garantir-lhes certa segurança, desempenha esse papel com maior eficiência sem inibir um ambiente favorável ao empreendedorismo. Logo, a proteção dos credores pelas vias de tutela jurídica da insolvência é, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim de proteção aos credores, o meio menos restritivo à livre iniciativa e ao direito de propriedade.

Diante desses argumentos, fica claro que a quantificação do capital investido numa empresa deve ser deixada para o escrutínio exclusivo da autonomia privada. A abordagem minimalista da norma organizativa empresarial deve ser praticada pelo legislador: intervenções legislativas nessa área só cabem em razão de determinada atividade econômica cujos riscos se espalham por terceiros involuntários e quando a necessidade se mostrar *manifestamente* autoevidente (caso, p. ex., das sociedades empresárias que operam no sistema financeiro). Porém, o dever de realizar o fim pretendido não acontece quando se editam regras genéricas que impõem capitalização inicial mínima de sociedades empresárias e de empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI e o seu famigerado art. 980-A, cabeça, do Código Civil). Assim, exigências *genéricas* de capitalização mínima para uma determinada estrutura jurídico-empresarial são medidas *manifestamente* desproporcionais. Elas são violadoras do devido processo legal, porque representam instrumento inidôneo e excessivamente compressor da autonomia privada, da livre iniciativa e do direito de propriedade, ao mesmo tempo em que não realizam empiricamente o fim almejado, que é a proteção aos credores.

12. CONCLUSÃO

Empreendedores são naturalmente receptores de risco. Todas as variáveis para organização da empresa devem ser primariamente ponderadas por eles. Capital social é uma dessas variáveis. Cálculos dos agentes econômicos em ambientes de risco são os melhores instrumentos para quantificá-lo. Capital social é, portanto, tema afeto exclusivamente à autonomia privada no âmbito empresarial. Regras jurídicas que o estipulem *genericamente* e *a priori* são desproporcionais porque representam tanto uma barreira de entrada excessiva ao ambiente de negócios empresariais, como uma intervenção cuja finalidade de proteção aos credores não se realiza empiricamente. Ainda que contribuam minimamente para

a promoção do fim almejado, regras genéricas de capitalização mínima são reprovadas no exame do meio menos restritivo, uma vez que o direito da insolvência empresarial é um meio alternativo que igualmente protege os credores de modo menos gravoso. Portanto, a regra do art. 980-A, cabeça, do Código Civil de 2002, que prevê capital mínimo inicial de 100 (cem) salários mínimos para a constituição de uma EIRELI é claramente violadora da livre iniciativa e do devido processo legal. Por ser uma regra genérica, posta para todas as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada e sem qualquer vinculação com uma atividade econômica específica cujos riscos de externalidades sejam consideráveis e autoevidentes, está claro que ela representa um meio excessivamente gravoso para o fim pretendido. Diante disso, a superação da regra de capitalização mínima da EIRELI não provocará imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral. Pelo contrário, o valor subjacente à regra, que é a proteção aos credores, continua sendo realizado pelo patrimônio e pela lei de insolvência empresarial, com o que a eliminação da regra genérica de capitalização não afetará a segurança jurídica e, por consequência, ainda ajudará a promover a livre iniciativa.

13. REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARMOUR, John. Legal Capital: *An Outdated Concept?* Centre for Business Research, University Of Cambridge, working paper n. 320, march 2006. Disponível em: <www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP320.pdf>
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’?. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2008, v. 163, pp. 50-59.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, n. 19, p. 19-55, jan./mar. 2003.

- BARROSO, Luís Roberto. Crise econômica e direito constitucional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 6.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- BOOTH, Richard A. *Capital Requirements in United States Corporation Law*. University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper n. 2005-64. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fac_pubs>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULGARELLI, Waldirio. *Tratado jurídico de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. Perspectivas da empresa perante o direito comercial. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)*. São Paulo: RT, 1980, p. 01-62.
- _____. Atualidade do direito empresarial. In: *Questões atuais do direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 13-29.
- _____. *Manual das sociedades anônimas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001, v. II, t. II, n.ºs 535 e 536.
- CARVALHO, Eduardo de. *Teoria e prática das sociedades por ações*. São Paulo: José Buschatsky, 3.v., 1960.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 4 volumes, 2002.
- CASTELON, Marta Oliveros. Reforma dos mecanismos de proteção do capital e do credor das limitadas europeias: o exemplo da Alemanha. *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Juruá, n. 8, 2007, pp. 211-252.
- CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle gerencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- _____. The Institutional Structure of Production. *The American Economic Review*, v. 82, n. 4, 1992, p. 713-719.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2.
- _____. *Curso de direito comercial*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

- COMPARATO, Fábio Konder. A constituição da reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 85, v. 732, p. 38-46, out./1996.
- _____. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1995(a).
- _____. A reforma da empresa. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1995(b).
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COSTA, Philomeno J. da. *Anotações às companhias*. São Paulo: RT, v. 1, 1980.
- CRISTIANO, Romano. *Sociedade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco*. São Paulo: Malheiros, 2007
- DEMSETZ, Harold. The Theory of the Firm Revisited. In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (eds.). *The Nature of the Firm, Origins, Evolution, and Development*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 159-178.
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito empresarial contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. Do capital social: noção, princípios e funções. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard, 1996.
- FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. A proteção aos credores e aos acionistas no aumento de capital. *AASP, Revista do Advogado*, n. 28, mar. 2008, pp. 32-40.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: RT, 1985.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 — interpretação e crítica*. 6. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 118-147.
- _____. *Planejamento econômico e regras jurídicas*. São Paulo: RT, 1978.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. 2 vols. São Paulo: Bushatsky, 1979.
- HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (eds.). *The Nature of the Firm, Origins, Evolution, and Development*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 138-158.
- HÜBERT, Ivens Henrique. *Sociedade empresária e capital social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.
- JENSEN, Michael C.; FAMA, Eugene F. *Agency Problems and Residual Claims, Foundations of Organizational Strategy*. v. 6. Harvard University Press, 1998.
- JENSEN, Michael; MECHLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, out. 1976, v. 3, n. 4, p. 309-310.
- KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: AM Kelley Editor, 1921.
- LAMEIRA, Valdir de Jesus. *A estrutura de capital das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração, modificações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 1997.
- _____. Redução do capital social com base em balanços intermediários. In: *A Lei das S.A.: pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 1996, p. 471-482.
- LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira — permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 125, p. 7-24, jan./mar. 2002.

- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas – 2º vol.: arts. 52 a 120*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: 1969.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *As demonstrações financeiras das sociedades anônimas (e noções de contabilidade para advogados)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais. *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário – poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, 1990.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por ações*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- PENALVA SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu. Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*. Rio de Janeiro: n. 14, 2001, p. 74-77.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumento de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (org.). *Manual de economia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, tomo XLIX, p. 17.
- REQUIÃO, Rubens. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas – 1º vol.: arts. 1º a 51*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- RIBEIRO, J. *Das Sociedades Anonyms*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

- ROMANO, Roberta; et al. *Foundations of Corporate Law*. New York: Foundation Press, 1993.
- SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária: navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001.
- _____. O novo acordo da Basiléia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, n. 20, p. 47-60, abr./jun. 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Regulação da atividade empresarial para o desenvolvimento. In: _____ (coord.). *Regulação e desenvolvimento – novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STORDEUR, Eduardo. Infracapitalización societaria, responsabilidad de los accionistas y capital social: un análisis económico. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, n. 47, 2007, pp. Berkeley Program Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007, paper 050307-02. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050307-02>>.
- SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. Apontamentos em matéria de empresas em crise — falência e liquidação extrajudicial: a regulação da ação administrativa e o capital social. In: SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Texto Novo, 1999, p. 211-237.
- _____. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1992, v. 2, p. 67.
- _____; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 131, p. 7-20, jul./set. 2003.
- TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- TÔRRES, Heleno T. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações internacionais*. São Paulo: RT, 2001, p. 508-556.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial – vol. 1: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis; Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- WARDE JR., Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

AUTONOMIA E CONTRATO

Antonio Adonias A. Bastos
Fernanda Machado Amarante

CAPÍTULO V

A ABRANGÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS LOCAÇÕES DE CONSTRUÇÃO AJUSTADA

Antonio Adonias A. Bastos¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Conceito — 3. A prevalência da autonomia da vontade no novo marco regulatório — 4. O alcance da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada. **Compatibilização com o interesse público:** 4.1. Identificação dos interesses protegidos pelos dispositivos legais que tratam das relações contratuais; 4.2. A função social do contrato; 4.3. A harmonização da autonomia privada preconizada pela regulamentação da locação *built to suit* com o interesse público — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 20/12/2012, foi publicada a Lei 12.744, alterando a Lei 8.245/1991 (também chamada de Lei das Locações ou do Inquilinato), para regulamentar a “locação nos contratos de construção ajustada”, conforme expressão utilizada pelo legislador no *caput* do art.54-A do Diploma Legal em comento.

Em outros países, o instituto recebeu o nome de *built to suit*, que, numa tradução livre, significa “construído para servir” ou “para se adaptar”, evidenciando tratar-se de um negócio em que uma das partes adquire, constrói ou reforma um imóvel, sob a encomenda da outra. Além da denominação empregada pelo legislador, também poderemos chamá-la de locação sob ou por encomenda.

O mesmo dispositivo estabelece expressamente que a avença baseia-se na prevalência das “condições livremente pactuadas no contrato respectivo”, afastando a incidência de algumas normas legais que tratam das locações.

Diante disso, o presente texto visa a analisar a abrangência da autonomia da vontade em tal espécie de ajuste.

Iniciaremos pelo conceito do instituto e pelas suas principais características, destacando o traço do predomínio da autonomia da vontade no seu contexto. Averiguaremos como ela deve se compatibilizar com as disposições legislativas

¹ Doutor (Universidade Federal da Bahia — UFBA). Mestre (UFBA). Professor na pós-graduação *lato sensu* em diversas instituições no Brasil. Professor na graduação da Faculdade de Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Advogado. E-mail: adonias@adonias.adv.br.

que objetivam tutelar o interesse público, salvaguardando a esfera jurídica dos terceiros que não integram a relação contratual e os interesses transindividuais. Para tanto, enfrentaremos a questão à luz da função social dos contratos, dedicando um item a este assunto.

2. CONCEITO

A locação nos contratos de construção ajustada consiste num negócio baseado no interesse de uma das partes na utilização de um imóvel urbano, para fins não residenciais, que esteja perfeitamente adaptado às suas atividades, sem, no entanto, ter que imobilizar o seu capital na aquisição, construção e/ou reforma do bem. A outra parte, então, realiza tais operações, sob a encomenda do futuro utente, para locá-lo a este último.

Firmado o contrato, aquele que atuará como locador se obriga a aplicar um montante na aquisição e/ou na modificação do imóvel, de acordo com o projeto definido ou chancelado pelo sujeito que irá ocupá-lo. Este último poderá definir a localização, o tamanho, o tipo de construção, entre outras características do bem, nos termos entabulados em cada pacto específico.

De outra banda, já ficam pré-ajustados os termos da vindoura locação, inclusive o valor dos aluguéis, ou o critério para fixá-lo, e o prazo, que costuma ser longo, exatamente para que o negócio possa trazer benefícios mútuos. O investidor tem o interesse de assegurar a recuperação do valor despendido nas intervenções sobre o bem, além de obter uma vantagem econômica decorrente da sua utilização pela outra parte.

Depois de o imóvel estar delineado segundo o que foi estabelecido por aquele que o utilizará, a posse do bem lhe será transferida. A partir daí, ele terá o direito de exercê-la e o dever de pagar os aluguéis.

O ajuste é interessante para ambos os lados. Um dos sujeitos, cujo negócio é a locação de imóveis, realiza a compra, a construção e/ou reforma do bem que irá atender às necessidades da contraparte, assegurando para si uma fonte de renda por longo período. Esta, por sua vez, obtém um local modelado às suas atividades e não aplica o montante que destinaria para a aquisição e/ou modificação do imóvel, podendo destinar essa importância às operações que considera relevantes de acordo com a linha estratégica do seu negócio.

Com o advento da Lei 12.744/2012, que acrescentou o art. 54-A à Lei 8.245/1991, o legislador optou por tipificar o contrato sob comento. O *caput* do mencionado dispositivo estabelece qual é o conceito legal do instituto, tratando-o como uma locação não residencial de imóvel urbano, “na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por

terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado”.

Para que o negócio se caracterize como *built to suit*, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: (a) uma das partes deve se obrigar a adquirir, construir ou empreender a substancial reforma de um imóvel; (b) fazendo-o às suas expensas; (c) o imóvel deve ser urbano; (c) as características do bem devem ser especificadas pelo futuro utente; (d) as partes já devem deixar pré-ajustada uma locação; (e) que não seja residencial; e (f) que seja por prazo determinado.

Em que pese o legislador tenha tipificado o instituto como uma espécie de locação, o negócio não se inicia como tal. De acordo com o art. 565 do Código Civil de 2002 (CC/2002), a locação se dá quando “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”. Ocorre que os contratantes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas anteriormente à transferência da posse, quando passarão a existir os demais direitos e deveres que são próprios daquela espécie de relação jurídica, a exemplo do pagamento dos aluguéis. Só após o adimplemento destas prestações é que o liame evoluirá para tal configuração. Caso elas não sejam cumpridas, o contrato poderá ser rescindido antes mesmo de se instalar a locação propriamente dita. É o que sucederá, por exemplo, se o investidor não adquirir o imóvel no prazo estipulado ou se ele não promover as alterações pretendidas pela outra parte. Com efeito, enquanto não sobrevier a transferência da posse, mediante a correspondente retribuição, ainda não estará implementada a locação em sentido estrito.

Assim, a *built to suit* se desenvolve em duas etapas. Levadas a cabo as obrigações da primeira delas, o liame culmina numa locação².

Para sua caracterização, parece-nos que não há a obrigatoriedade de as partes firmarem a locação no mesmo momento em que estabelecem o contrato que tem por objeto a prévia aquisição, construção ou reforma do imóvel. Os dois negócios devem estar ligados entre si, mas tanto podem ser celebrados simultaneamente, como de maneira diferida no tempo. Ao convencionarem aquelas primeiras obrigações, as partes já podem deixar firmada a locação, marcando o seu termo inicial para o futuro. Podem fazê-lo, inclusive, num mesmo instrumento. Mas também lhes é lícito estabelecer o compromisso de celebrá-la numa outra

2 Sendo este um dos traços diferenciadores do instituto, e não uma característica accidental, ele não pode ser simplesmente desconsiderado. Por força de tais peculiaridades, os diversos projetos de lei que versavam sobre o instituto antes da promulgação da Lei 12.744/2012 não eram uníssonos em tratá-lo como uma locação. Como veremos adiante, um deles propunha o acréscimo de um dispositivo à Lei 8.245/1991 para evidenciar que ela não se aplicaria a tal espécie de negócio.

oportunidade, quando o imóvel estiver amoldado às necessidades daquele que virá a ser o locatário, ou prestes a isso acontecer. Nessa hipótese, o negócio se configura inicialmente como um contrato preliminar, uma verdadeira promessa da locação que será estabelecida posteriormente. Aqui, incidirá o regramento previsto pelos arts. 462 a 466 do Código Civil de 2002. As partes se comprometerão a cumprir uma obrigação de fazer³, de emitir a sua manifestação de vontade, a qual estará vinculada aos termos definidos pelos próprios contratantes no momento em que firmaram o primeiro pacto.

3. A PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NO NOVO MARCO REGULATÓRIO

A relevância do novo marco regulatório da locação de construção ajustada reside muito mais em garantir a segurança jurídica para as partes do que em autorizar tal espécie de locação.

Diante da inexistência de expressa proibição legal, as *built to suit* já eram juridicamente admitidas pelo sistema. O que não se sabia, ao certo, era o regramento que a ela se aplicava.

Antes da vigência da Lei 12.744/2012, havia jurisprudência que determinava a plena incidência da Lei 8.245/1991. Estes julgados afirmavam que o Diploma Legal normatizava as locações de um modo geral (como ainda o faz) e que, consistindo a *built to suit* numa espécie de vínculo locatício, ela seria alcançada pela mencionada Lei. Nesta esteira, prevaleceriam as disposições gerais e abstratas da Lei do Inquilinato (à época, com a redação anterior à da Lei das *built to suit*), em homenagem à supremacia da ordem pública, mesmo que o negócio recaísse sobre um imóvel completamente adaptado por uma dos contratantes às necessidades do outro. Assim, a autonomia da vontade, exercida no momento da celebração do negócio, era posteriormente mitigada pelo controle na via judicial.

Tome-se o exemplo da renúncia à revisão do aluguel durante a vigência do contrato.

Nas locações de construção ajustada, é comum que o valor do aluguel não corresponda ao que se costuma praticar no mercado, até porque uma das partes investiu um significativo montante no imóvel para ajustá-lo às necessidades da outra. No momento de firmar o pacto, elas chegaram a um consenso acerca da quantia que seria inicialmente praticada e renunciaram expressamente ao direito

3 Neste sentido: Orlando Gomes (2001, p. 135) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 160-161).

de revê-la durante o período em que o negócio estiver em vigor, afinal o locador só conseguirá obter um retorno se o valor originalmente pactuado prevalecer até o final do vínculo, sendo corrigido monetariamente com base no índice escolhido pelos contratantes. Se, no curso da relação jurídica, o valor do aluguel for levado à média praticada pelo mercado, o equilíbrio do negócio restará abalado. O locador estará em situação de manifesta desvantagem.

Ocorre que o art. 19 da Lei 8.245/1991 afirmava (e ainda assim o faz) que, “não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”; e o art. 45 estatui serem “nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei (...)”. Por mais que as partes pactuassem expressamente a renúncia à revisão do aluguel, havia julgados que consideravam que a livre disposição da vontade encontrava óbice nos mencionados dispositivos legais, os quais deveriam preponderar sobre a cláusula renunciativa⁴.

De outra banda, havia quem a considerasse como uma avença atípica, nos termos do art. 425 do CC/2002. Já que ela não estava expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio e que não se enquadrava exatamente em nenhuma das espécies de locação então previstas pela Lei 8.245/1991, este Diploma Legal não poderia regulá-la. Nesta linha, o Projeto de Lei 6.569/2009 da Câmara dos Deputados, que visava a tratar da matéria, propunha o acréscimo do art. 76-A na Lei de Locações, com a seguinte redação: “Não se aplicam as disposições desta lei aos contratos em que a locação decorre de operações em que a contratada adquire ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado (*built-to-suit*), salvo se as partes expressamente dispuserem em contrário”. A exposição de motivos do aludido Projeto de Lei afirmava que: “Embora não haja descrição legal expressa desse tipo de contrato, o vigente Código Civil autoriza sua celebração e consolidá-lo como fonte de obrigações nos termos do art. 425 que dispõe: ‘É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais neste Código’. Não obstante referida atipicidade, a circunstância de o contrato *built-to-suit* trazer em seu bojo uma relação locatícia incidental tem amparado a compreensão de que a Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245, de 1991, teria aplicabilidade sobre esse

4 A título ilustrativo, eis um julgado do TAPR: “Agravo de instrumento. Indeferimento de preliminar. Carência de Ação. Revisão de aluguel. Possibilidade. Cláusula de renúncia. Ineficácia. É possível a revisão de contrato de aluguel, ainda que presente cláusula de renúncia expressa a esse direito, quando o valor cobrado apresentar em desequilíbrio com o preço de mercado, proporcionando vantagem indevida [a uma das partes] em detrimento da outra. Recurso não provido” (AI 0259129-5, 9ª Câm. Cível do TAPR, j. 8.6.04, rel. Nilson Mizuta, v. u.).

instituto. Ocorre, contudo, que as particularidades dessa modalidade de contratação mostram-se incompatíveis com algumas das disposições da Lei do Inquilinato, em especial aquelas atinentes ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória. Com efeito, o contrato *built-to-suit* precisa ser longo de sorte a viabilizar o investimento do Empreendedor e assegurar, por um lado, o retorno dos recursos vertidos — a amortização do investimento — por meio do pagamento dos aluguéis até o término do ajuste e, por outro, a fruição do imóvel pelo tempo de interesse da Ocupante”.

Portanto, diante da especificidade de cada *built to suit*, constatava-se que elas não se amoldavam às previsões abstratas da legislação, reforçando a ideia da prevalência da autonomia da vontade em detrimento da incidência das disposições legais gerais sobre as locações.

Em face das particularidades de cada locação de construção ajustada e das diferenciações entre elas, as *built to suit* centram-se exatamente na liberdade de contratar, sendo difícil ao legislador fixar traços gerais que sejam comuns a todas elas. Mesmo com o advento da Lei 12.744/2012, a sua regulamentação legal, antes inexistente, agora se revela escassa. Ela se encontra resumida à alteração do *caput* do art. 4º da Lei do Inquilinato e ao acréscimo do art. 54-A, contendo apenas dois parágrafos.

Aliás, não poderia ser diferente para uma espécie de contrato que visa a atender à realidade muito específica de cada um dos seus partícipes e do negócio em si.

Muito embora a disposição legislativa seja reduzida, ela não se revela insuficiente, exatamente porque garante o predomínio da autonomia da vontade, como se extrai do *caput* do art. 54-A. O dispositivo assegura que prevaleçam “as condições livremente pactuadas no contrato respectivo”, afastando as dúvidas e controvérsias que existiam sobre o tema.

Assim é que, diante das peculiaridades do negócio que será celebrado entre os interessados, a autonomia da sua vontade, traduzida nas condições e nos termos do pacto por eles firmado, deve preponderar sobre as disposições legais aplicáveis às outras espécies de locação.

4. O ALCANCE DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS LOCAÇÕES DE CONSTRUÇÃO AJUSTADA. COMPATIBILIZAÇÃO COM O INTERESSE PÚBLICO

Como vimos anteriormente, uma das grandes dificuldades encontradas pelas partes nas *built to suit* anteriormente à Lei 12.744/2012 era a insegurança jurídica quanto à validade das cláusulas que representavam uma manifestação da vontade

contrária aos ditames legais, como as que estipulavam a renúncia à revisão do aluguel durante a vigência do contrato. Também vimos que existiam julgados que afirmavam serem inválidas tais disposições contratuais, com fundamento na supremacia da ordem pública, que estaria consignada no texto de lei.

Diante desta aparente contradição entre os interesses particulares dos contratantes, de um lado, e o interesse público, de outro, precisamos analisar qual é o alcance da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada, para verificar se ela chega a ofender o interesse da coletividade.

Para examinar a questão, em primeiro lugar, parece-nos relevante identificar os interesses protegidos pelas disposições legais que tratam dos contratos de locação, averiguando quando elas tutelam predominantemente o interesse das partes negociais e quando se voltam, com maior intensidade, à proteção do interesse público.

A elucidação do problema ainda passa pelo exame da função social do contrato. Ela permeia a aplicação dos dispositivos legais, seja quando eles estão principalmente voltados para a proteção das partes, seja quando miram preponderantemente a preservação do interesse público. Os negócios jurídicos não devem ser considerados como partículas isoladas dos sistemas jurídico e social, enclausurando os contratantes numa realidade própria e distante do ambiente que os cerca. Pelo contrário, eles consistem em elementos integrativos, que propiciam às partes a obtenção de bens e vantagens num contexto de intercomunicação com o meio em que convivem. Neste sentido, a função social impõe a prevalência do ajuste entre os contratantes, equilibrando-os entre si próprios e também em relação a terceiros.

4.1. Identificação dos interesses protegidos pelos dispositivos legais que tratam das relações contratuais

Como dissemos acima, as disposições legais que tratam do Direito Contratual ora podem voltar-se preponderantemente à proteção do interesse das partes, ora podem salvaguardar, sobretudo, o interesse público⁵.

5 Orlando Gomes (1997, p. 23) ensina que o Direito Contratual constitui-se, predominantemente, de normas supletivas, que são aquelas que se destinam “a suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara (...), deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera. Nesse território, a liberdade de contratar domina amplamente”. Contudo, ele frisa que esta liberdade encontra balizamentos, havendo leis coativas, que “ordenam ou proibem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer” (GOMES, 1997, p. 23) e conclui que “até mesmo quando o princípio da autonomia da vontade alcançou a maior amplitude se reconhecia a necessidade de normas imperativas, tanto de inspiração política como por injunções da técnica jurídica. Em qualquer regime contratual, são indispensáveis normas inderrogáveis pela vontade das partes”. (GOMES, 1997, p. 23-24).

O assunto está diretamente ligado ao princípio da relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos.

Quando o dispositivo legal dirige-se prioritariamente para a tutela do interesse das partes, sobressai a força vinculante do pacto apenas aos que o celebraram⁶. A sua eficácia é fundamentalmente interna, de maneira que os seus efeitos atingem os contratantes, mas são reduzidos em relação a terceiros que não figuram como partes na avença. Tome-se como exemplo o art. 17 da Lei 8.245/1991, que afirma que “é livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo”. Neste âmbito, prevalece o interesse dos indivíduos que integram o ajuste, podendo exercer a autonomia da sua vontade para estipular o preço que deve ser pago pela locação.

Quando o valor protegido é o interesse público, destaca-se a eficácia externa do contrato, cuja intensidade equivale ou é superior à dos seus efeitos internos. Protegem-se os interesses de terceiros (considerados individualmente e/ou coletivamente) no mesmo grau, ou em maior intensidade, do que se faz em relação ao interesse das partes negociais. O art. 53 da Lei 8.245/1991 pode ser indicado como exemplo dessas disposições. Ele regula as hipóteses em que pode acontecer a rescisão das “locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas”. A manutenção e a rescisão dos contratos de locação de imóveis onde funcionam estes estabelecimentos não dizem respeito apenas aos interesses do locador e do locatário. Elas também atingem terceiros, na medida em que tais bens, mesmo particulares, possuem utilidade para a coletividade.

Deve-se deixar claro que, ao regular quais são os contornos gerais de uma espécie de contrato, nenhum artigo de lei é exclusivamente voltado para a proteção das partes, tampouco é focado somente numa questão de ordem pública. As disposições legais protegerão, em diferentes graus, este ou aquele interesse, até porque o contrato não pode ser considerado como um ato de interesse exclusivo das partes, mas como um elemento integrante do meio social. Voltemos ao art. 17 da Lei 8.245/1991, a título ilustrativo. Ao estabelecer que é vedada a estipulação do aluguel “em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo”, o legislador visa a evitar que o preço pela utilização de um imóvel seja vinculado a tais indexadores. Considerando que as locações são negócios celebrados com bastante frequência em nossa sociedade, seja para fins

6 Neste sentido: Orlando Gomes (1997, p. 164) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 46).

residenciais ou não, e que o valor do aluguel provoca impactos no orçamento das pessoas naturais e jurídicas, inclusive com repercussões nos custos dos serviços e produtos por elas oferecidos, o dispositivo também tem em mira a manutenção da ordem econômica, que consiste numa questão de interesse público, ultrapassando o interesse das partes.

Por isso, dissemos que se deve identificar quando os dispositivos legais visam a proteger preponderantemente (e não unicamente) o interesse das partes e quando salvaguardam, de modo predominante (e não exclusivo), o interesse público.

4.2. A função social do contrato

A identificação de tais valores deve ser permeada, ainda, pela função social do contrato.

Como se sabe, um dos pilares do Direito Contratual é a autonomia da vontade.

Sob uma primeira perspectiva, ela consagra a liberdade individual, desdobrando-a em duas esferas: a de contratar, consistente na faculdade de realizar, ou não, um determinado negócio, inclusive com a escolha da pessoa com a qual se quer estabelecer um vínculo jurídico; e a contratual, que diz respeito à possibilidade de estabelecer o conteúdo do pacto⁷. Trata-se de aspecto indispensável para uma sociedade democrática, por ser representativo da liberdade, inclusive no que diz respeito à criatividade quanto à celebração de negócios não previstos em lei e não aventados anteriormente por outras pessoas. Diante das suas necessidades específicas, os contratantes estão autorizados a delinear novas modalidades contratuais, que podem ser de grande utilidade para o grupo social. As *built to suit* exemplificam este fenômeno. Tendo surgido como um contrato atípico que envolvia uma locação incidental, ela passou a ser cada vez mais frequente. Ganhou tanta relevância social que chegou ao ponto de ensejar uma modificação legislativa para conferir maior segurança jurídica aos sujeitos que pretendem celebrar tal espécie de pacto ou que efetivamente já o tenham feito.

Sob um outro ponto de vista, a função social do contrato possui uma faceta pública, que se desdobra em diversos aspectos.

Primeiramente, porque a liberdade, em si, também consiste num interesse público, indispensável à realização da democracia, tratando-se de um direito fundamental, como se extrai do preâmbulo e de diversos dispositivos da CF/88, a exemplo do art. 1º, IV, do art. 5º, *caput* e incs. II, IV e VI, e do art. 170.

⁷ Conforme lição de Arnaldo Wald (1995, p. 162).

Ademais, porque propicia a regulamentação *in concreto* da circulação das riquezas, promovendo o desenvolvimento social⁸. Enfatiza-se, aí, o interesse coletivo *lato sensu*, na medida em que a regulamentação resultante da autonomia da vontade evita a estagnação da sociedade.

Em outra vertente, ela também não deve ofender os direitos transindividuais, considerados como os difusos e os coletivos em sentido estrito (de um certo grupo, classe ou categoria de pessoas)⁹.

Destaca-se, ainda, a proteção aos direitos individuais, seja dos próprios contratantes e os de terceiros.

Sob a primeira perspectiva, é de interesse público que os contratos representem ajustes equilibrados entre as partes. Por essa razão, a mitigação da expressão da vontade de uma das partes merece proteção legal, a exemplo do tratamento dado pelos arts. 423 e 424 do CC/2002 aos contratos de adesão. O primeiro dispositivo afirma que, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de tal espécie, deverá ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente. O texto do artigo subsequente estatui serem nulas, no contrato de adesão, as cláusulas que determinem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Ambos tutelam o direito individual do aderente, já que os termos de um contrato de adesão observam primordialmente a vontade do estipulante. Mas eles também salvaguardam o interesse público, na medida em que a igualdade material é um dos objetivos da sociedade brasileira, evitando, assim, que existam negócios que sejam demasiadamente vantajosos para uma das partes desde que tal proveito decorra da imposição unilateral de uma onerosidade excessiva para a outra.

A proteção da esfera jurídica individual de terceiros também é acobertada pelo referido interesse público. Em primeiro lugar, porque há negócios que visam a alcançar sujeitos que neles não figuram como contratantes, como acontece na estipulação em favor de terceiro, regulada pelos arts. 436 a 438 do CC/2002, e nos contratos de seguro, em que a vítima de um acidente pode acionar diretamente a

8 De acordo com Francisco Amaral (2000, p. 114): “O reconhecimento e o exercício da autonomia privada na promoção da livre circulação dos bens e de prestação de serviços e na auto-regulação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo-se a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo”. Na mesma esteira, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 54) explicam que “sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana. Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato (...) não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência”.

9 Neste sentido: Eduardo Sens Santos (2002, p. 29).

seguradora do causador do dano¹⁰. Em segundo lugar, porque os terceiros não podem simplesmente desconsiderar a existência dos ajustes de vontade das partes de um negócio e estas também não podem fazer com que os efeitos da sua vontade, estampada no contrato, violem os direitos subjetivos dos que não integraram o liame negocial¹¹. Cogita-se, aqui, a oponibilidade contratual, da qual emana, entre outros aspectos, o dever que o terceiro possui de, conhecendo a relação obrigacional, não interferir com o fim de impedir o seu cumprimento pelas partes¹².

As duas perspectivas, pública e privada, da autonomia da vontade não se opõem. Ao contrário disso, complementam-se, de maneira que o contrato deve atender aos interesses individuais daqueles que o celebram e do grupo social, não devendo prejudicar terceiros.

Exatamente por também estar vinculada a um fim público, a liberdade decorrente da autonomia da vontade não é absoluta, encontrando balizamento na função social do contrato, que está positivada como cláusula geral no art. 421 do CC/2002. Ao afirmar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o dispositivo evidencia que não basta que o negócio seja formalmente válido e que atenda à vontade das partes (ou predominantemente a de uma delas), devendo também observar valores de cunho social que sejam juridicamente tutelados. Mais uma vez, trata-se de uma salvaguarda tanto aos interesses dos próprios contratantes, como de terceiros (individualmente considerados) e da coletividade.

Deve-se deixar claro que a função social não traduz, na sua essência, um aspecto negativo. A limitação dela decorrente não se funda em si mesma. Ao revés, ela prestigia o solidarismo¹³ e o desenvolvimento social, seja entre os próprios contratantes, seja em relação a terceiros ou a todo o grupo social.

Com efeito, ela se desdobra em duas dimensões: uma intrínseca e outra extrínseca.

Sob o primeiro prisma, o contrato é visto como relação jurídica entre as partes, impondo-se a lealdade negocial, a boa-fé objetiva, a igualdade material e a

10 Exemplo apresentado por Teresa Negreiros (2006, p. 230).

11 Neste sentido: Teresa Negreiros (2006, p. 233-244).

12 Neste sentido: Teresa Negreiros (2006, p. 244-266) e Sérgio Brotel, em artigo não publicado, conforme consta em referência feita por Leonardo de Faria Beraldo (2011, p. 67-68).

13 Aqui, a expressão é considerada como o sistema de ordenação social que satisfaz ao duplo aspecto da relação que medeia indivíduo e sociedade, contrapondo-se aos modelos unilaterais do individualismo e do coletivismo. Ao examinar a Exposição de Motivos do CC/2002, Cristiano de Souza Zanetti (2005, p. 126) esclarece que “a socialidade, todavia, deve harmonizar-se com a proteção dos valores individuais, na medida em que, como é expressamente afirmado na Exposição de Motivos, não se pretende implantar um Estado coletivista ou totalitário, em que a liberdade de cada um só seja reconhecida na medida em que coincida com os grandes objetivos do poder central”.

equidade. Sob tal vertente, a função social visa a evitar a onerosidade excessiva entre as partes¹⁴, mas também a alcançar o cumprimento do contrato, não tendo a finalidade de liberar o devedor, total ou parcialmente, de uma obrigação¹⁵.

O segundo ponto de vista extrapola o princípio da relatividade dos contratos. Contrasta-se o negócio com os interesses da coletividade, considerando o seu impacto no grupo social¹⁶. Aqui, fala-se na oponibilidade do contrato em face de terceiros, sejam eles considerados individualmente, como também na dimensão transindividual. Como dissemos anteriormente, no âmbito *inter partes*, deve-se buscar uma relação mutualística e equilibrada entre as partes¹⁷, de modo que elas contribuam entre si para a obtenção de vantagens recíprocas. Na dimensão *ultra partes*, o pacto há de colaborar para o desenvolvimento social.

O que a função social tem em mira é a harmonização das necessidades dos contratantes, considerados cada um *per se* e em relação à contraparte, e os interesses que transcendem a esfera jurídica de tais sujeitos.

Sob este enfoque, ao direcionar-se à preservação dos interesses da coletividade, consubstanciados no seu desenvolvimento equilibrado, a função social impede que a vontade das partes possa ser exercida de modo a prejudicar os mencionados valores¹⁸. Neste sentido, o parágrafo único do art. 2.035 do CC/2002 estatui que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”¹⁹.

14 Antonio Jeová Santos (2004, p. 104-105 e 129) afirma que “a função social do contrato se caracteriza por inúmeras regras do Código Civil que reprimem com veemência os atos não socialmente desejados e que visa a burlar uma ação prejudicial”, referindo-se à lesão e à onerosidade excessiva.

15 Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 105) ensina que a função social não concede ao juiz a liberdade para “imaginar soluções extravagantes e incompatíveis com a destinação natural do contrato, transformando-o um instrumento de ‘assistência social’ ou de caridade à custa do patrimônio alheio”. Pedro Oliveira da Costa (2005, p. 54-55) explica ser “descabida a simples invocação da função social, sem quaisquer parâmetros ou limites técnicos, tão-somente de acordo com as crenças e convicções do julgador, para se alterar cláusulas e condições ou para extinguir contratos. Qualquer caso, seja de revisão ou rescisão, deve atender a requisitos específicos, presentes em dispositivos e institutos próprios”. José Manoel de Arruda Alvim Netto (2004, p. 71) destaca que tal liberação seria indevida e entende que “isso é, também, agir contra a função social do contrato, ou uma das facetas da função social do contrato. O contrato é feito para ser cumprido”. Leonardo de Faria Beraldo (2011, p. 90 e 110) manifesta a sua concordância com tais posicionamentos.

16 Neste sentido: Paulo Nalin (2005, p. 226).

17 Neste sentido: Arnoldo Wald (2004, p. 09) e Renzo Gama Soares (2006, p. 453-454).

18 Teresa Ancona Lopez (2007, p. 64-65) afirma que, da função social do contrato, extraem-se dois tipos de deveres para as partes. De um lado, há os deveres positivos, que se realizam na medida em que o negócio permite a circulação de riquezas dentro da sociedade, impulsionando o progresso material e o bem-estar social. De outro lado, há o negativo, que consiste num dever geral de não fazer, impedindo os contratantes, ao regularem seus interesses, de prejudicar terceiros ou a sociedade.

19 Flávio Tartuce (2007, p. 245) também admite a existência das eficácias interna e externa do contrato e afirma (2007, p. 248) que a sua função social consiste num “regramento contratual, de ordem pública (art.

É, pois, como uma consequência daquele objetivo positivo que a função social atuará como elemento limitador da autonomia da vontade²⁰, fazendo com que os interesses das partes negociais devam se alinhar aos interesses extracontratuais socialmente relevantes, relacionados ou atingidos pelo contrato²¹. Se a disposição da vontade os violar, ela não poderá ser oposta a terceiros, por representar uma ofensa ao interesse de outros indivíduos ou de toda a coletividade²².

Por fim, é importante destacar que tal função dos contratos não visa a obliterar a autonomia privada, mas a temperá-la, enquadrando-a num contexto social²³, não permitindo o abuso do direito²⁴, seja entre as próprias partes, seja entre elas e terceiros.

4.3. A harmonização da autonomia privada preconizada pela regulamentação da locação *built to suit* com o interesse público

No aspecto intrínseco da função social do contrato, a Lei do Inquilinato não previa, antes dos acréscimos e modificações empreendidos pela Lei 12.744/2012, a hipótese de uma das partes investir densamente no imóvel, adquirindo-o, construindo-o ou reformando-o sob a encomenda do futuro utente. A legislação partia da premissa de que este aceitaria o bem no estado em que ele se encontrava ou resultante de pequenas intervenções que não representariam significativa mudança, nem substancial aporte de capital por um dos contratantes. Foi neste contexto

2.035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”. Judith Martins-Costa (2005, p. 85) afirma que a liberdade de contratar encontra limites na lei imperativa ou em norma de ordem pública.

20 Para Gustavo Tepedino (2003b, p. xxxii) “(...) a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República (...). Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender — ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual — a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato e são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho”.

21 Neste sentido: Gustavo Tepedino (2008, p. 399).

22 Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) entende que o art. 421 do CC/2002 traduz “preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (...) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”. Flávio Tartuce (2007, p. 264) explica que a função social visa a mitigar a força obrigatória do contrato “em algumas situações, em prol de interesses individuais e coletivos, de toda a sociedade”.

23 No mesmo sentido: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 55). Confira-se, ainda, a lição de José Manoel de Arruda Alvim Netto (2004): “a função social (...) não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato”. No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins (2003, p. 340) explica que “a novidade pretendida no art. 421 do CC/2002 não pode ultrapassar os limites dos demais princípios que regem a ordem jurídica dos contratos, prevalecendo, entre outros, o princípio do *pacta sunt servanda*, como alicerce mais relevante das pactuações privadas”.

24 Neste sentido: Tereza Ancona Lopez (2007, p. 36).

que os seus ditames buscaram o estabelecimento de uma relação equilibrada entre as partes. É por isso que o art. 19 da Lei 8.245/1991 estabelece o direito à revisão do valor do aluguel para ajustá-lo ao preço do mercado, propiciando uma relação sem prejuízo exorbitante para nenhum dos partícipes da avença.

Ocorre que as locações de construção ajustada atendem a uma dinâmica distinta, pois o sujeito que utilizará o imóvel determina a configuração que ele deve ter, e a outra parte obriga-se a executá-la às suas expensas para, depois de um maciço investimento, transmitir a sua posse onerosamente, passando a receber a contraprestação durante um determinado e longo prazo. Neste cenário, o equilíbrio contratual é alcançado de maneira diversa. São os próprios contratantes que o estabelecem em cada caso, entabulando, no momento de contratar, as características do bem, o prazo da locação, o valor do aluguel etc., não havendo como o legislador pré-fixá-lo de maneira geral e abstrata.

A prevalência da autonomia da vontade prevista no *caput* do art. 54-A atua plenamente neste nível da função social do contrato, dando-lhe concretude, na medida em que preserva a lealdade negocial e a boa-fé objetiva. As condições livremente pactuadas pelos contratantes afastam a incidência dos dispositivos legais quando eles visam a proteger preponderantemente o interesse das partes. Nesta seara, deve haver a mínima intervenção heterônoma nas locações de construção ajustada. Enquanto tais artigos de lei almejam a igualdade material dos contratantes e o equilíbrio negocial nas demais espécies de locação, eles podem provocar o efeito inverso nas *built to suit*, que são marcadas por um alto investimento inicial de uma das partes, feito para atender o interesse da outra, com a sua recuperação ao longo da vigência do contrato, segundo regras postas por elas próprias. São os partícipes do vínculo que estabelecem a equação do equilíbrio em cada locação de construção ajustada.

Aqui, a prevalência da autonomia da vontade, concreta, em detrimento das previsões legislativas, gerais e abstratas, atua em consonância com a função social do contrato, atendendo, portanto, ao interesse público que daí advém. Não há incompatibilidade entre um e outro.

Passemos à análise da autonomia da vontade na locação *built to suit* sob o aspecto extrínseco da função social do contrato.

Se, ao contratar, as partes estabelecerem cláusulas que não se coadunam com os dispositivos legais que visam à proteção preponderante do interesse de terceiros (tanto considerados individualmente como coletivamente), deve-se, primeiramente, tentar realizar a compatibilização entre o interesse privado estampado no negócio e o interesse público decorrente do texto legal.

Já não se admite mais a afirmação de que o interesse público deva, *a priori* e em abstrato, prevalecer sobre os direitos fundamentais individuais. A colisão entre um e outro deve ser sempre analisada à luz do caso concreto, mediante critérios de ponderação.

Os conceitos e conteúdos de tais espécies de interesse não são contraditórios entre si. Antes disso, o interesse público muitas vezes configura-se como pressuposto para o fomento do interesse privado, formando uma unidade normativa e axiológica²⁵. Afinal, aquela primeira espécie de interesse visa ao bem comum, assim considerada, na lição de Humberto Ávila (1999, p. 102) como “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’”.

De outra banda, a modernidade içou os direitos fundamentais a elemento central nas Constituições, como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder, principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito²⁶, deslocando para o homem a legitimação do Direito, da Constituição e da Ordem Social, que outrora estava situada na Natureza e/ou numa concepção de divindade²⁷.

Neste contexto, a compreensão de uma Constituição deve partir dos direitos fundamentais, na qualidade de direitos vinculados à proteção do homem²⁸. São eles que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública são exemplos de institutos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais²⁹ que permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito³⁰, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado³¹.

25 Neste sentido: Paulo Ricardo Schier (2005, p. 120), Alice Gonzalez Borges (2006, p. 47) e Gustavo Binembom (2007, p. 141-142).

26 Jorge Reis Novais (1987, p. 16-17).

27 Paulo Ricardo Schier (2005, p. 116).

28 Konrad Hesse (1998, p. 38).

29 Jorge Reis Novais (1987, p. 82-122).

30 Jorge Reis Novais (1987, p. 231-233).

31 Neste sentido: Paulo Bonavides (2001, p. 514). Hans Peter Schneider (1991, p. 17) ensina que “em todas as constituições modernas encontramos catálogos de direitos fundamentais, nos quais os direitos das pessoas, dos indivíduos, são protegidos frente às pretensões que se justificam por razões de Estado. O Estado não deve poder fazer tudo o que em um momento determinado lhe é mais cômodo e lhe aceite um legislador complacente. A pessoa deve possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor. Os direitos fundamentais devem reger a Lei Fundamental; não devem ser apenas um adorno da Lei Fundamental (...)”. (tradução livre)

Portanto, o Estado se legitima e se justifica a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele.

Dada a sua relevância, os direitos fundamentais possuem um modelo jurídico especial de proteção³²⁻³³, não podendo haver uma cláusula geral que vise a restringi-los, nem às liberdades e garantias fundamentais³⁴⁻³⁵.

Nesta senda, o “princípio da supremacia” do interesse público consistiria, antes, numa “regra de preferência” do que num princípio³⁶. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 122) chega a afirmar que “a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público”³⁷.

32 Há doutrinadores que afirmam haver uma distinção estrutural das diferentes normas que estabelecem direitos fundamentais, afirmando que tal modelo não é o mesmo quando se trata, de um lado, de direitos, liberdades e garantias fundamentais, e, de outro lado, de direitos econômicos, sociais e culturais (BARROS, 1996, p. 145).

33 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 142-143) afirmam que a legislação desempenha papéis multiformes no que diz respeito aos direitos fundamentais, podendo (i) definir o âmbito constitucional de cada direito fundamental; (ii) definir as restrições nos casos constitucionalmente autorizados; (iii) definir garantias e dispor condições de exercício; (iv) satisfazer o cumprimento de direitos fundamentais específicos quando tal consistir na criação de instituições ou prestações públicas (como no caso da generalidade dos direitos sociais); (v) definir meios de defesa e (vi) alargar o seu âmbito de incidência.

34 Nesta esteira: Paulo Ricardo Schier (2005, p. 119-120) e Roberto Alexy (1993, p. 277).

35 Acerca da restrição a direitos fundamentais, emergem os seguintes *topoi* na dogmática constitucional (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 121-126 e p. 133-135): (i) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição; (ii) não existe uma cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; (iii) a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este (poder constituinte originário) autorizou expressamente pela via da lei (reserva de lei), sendo, portanto, ilícita a restrição pelo veículo regulamentar; (iv) não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública; (v) mesmo quando autorizada, a restrição só poderá ser reputada legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido, sujeitando-se, logo, aos princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade; (vi) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato, e, por fim, (vii) as leis restritivas devem estar materialmente vinculadas ao princípio da preservação do núcleo essencial.

36 Conforme Humberto Ávila (1999, p. 102-103) e Paulo Ricardo Schier (2005, p. 122-123).

37 Em linha de conclusão, o doutrinador assim estabelece: (i) interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro; (ii) eventuais colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito); (iii) outras colisões são remetidas ao campo das restrições dos direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (observado o princípio da reserva de lei) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (ou princípio) da proporcionalidade e respeito (manutenção) do núcleo essencial daqueles (por decorrência da proibição do excesso); (iv) um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa mas sim jurisdicional (levando-se em conta,

Portanto, na eventual colisão entre tais espécies de interesses, o esforço hermenêutico deve ser no sentido de harmonizá-los, e não o de, *a priori*, fazer com que um prevaleça sobre o outro.

Contudo, se não for possível compatibilizá-los, deve-se ponderá-los, levando em consideração a situação concreta, com vistas à proteção do interesse predominantemente público, o que não implica necessariamente na completa supressão do interesse privado.

Nesta hipótese, não nos parece que a cláusula contratual deva ser considerada inválida, mas ineficaz em relação a terceiros e ao grupo social. Com efeito, deve ela permanecer válida e eficaz entre as partes, sendo preservada no âmbito interno da função social dos contratos, prestigiando os valores preconizados pelo instituto.

Já no nível exterior, a autonomia da vontade só operará efeitos, total ou parcialmente, quando não ofender nem o interesse de terceiros, nem o da coletividade. Caso transgrida tais valores, ela será ineficaz em relação aos sujeitos estranhos à relação contratual e que por ela são afetados, o que também leva à preservação da função social do contrato, desta vez no seu aspecto externo.

Tome-se o exemplo da intenção das partes de celebrar locação de imóvel para o funcionamento de indústria em bairro residencial, assim definido pela legislação de uso do solo de um determinado município. Por mais que haja consenso entre as partes e que elas ajustem que um dos contratantes adquirirá um imóvel em certa localidade residencial, que construirá ou fará as modificações necessárias ao funcionamento de uma planta industrial, para posterior utilização pelo outro, mediante o pagamento de aluguéis a certo preço por determinado lapso de tempo, o art. 1.277 do CC/2002 autoriza o proprietário ou o possuidor de um prédio vizinho a fazer cessar as interferências provocadas pela utilização do imóvel locado que prejudiquem a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Para tanto, devem ser consideradas a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas³⁸, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer. Logo, repise-se, ***não existe portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado.*** (SCHIER, 2005, p. 123) (negrito e itálico já existentes no original)

38 O art. 36 do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) atribui à legislação municipal a competência para definir “os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal”.

Portanto, no segundo nível da função social do contrato, não será eficaz a manifestação da vontade violentadora dos interesses de terceiros ou da coletividade que encontra restrições na legislação. O negócio não lhes será oponível. Trata-se de uma hipótese de ineficácia relativa (espécie da ineficácia em sentido estrito), não devendo o negócio chegar a ser considerado nulo.

Assim, o que o *caput* do art. 54-A permite é que, havendo previsão legal que diga respeito preponderantemente ao interesse das partes, elas mesmas possam afastá-la, dando preferência à disposição de sua vontade, até porque a locação foi celebrada sob encomenda, ao passo que os dispositivos legais consistem em previsões gerais e abstratas, que não contemplam as especificidades de todo e qualquer caso. Contudo, a sua autonomia da vontade não poderá operar efeitos em detrimento das disposições legislativas que protegem prioritariamente o interesse público, seja para salvaguardar a esfera jurídica de terceiros estranhos ao contrato ou de toda a coletividade. Os dispositivos contratuais colidentes com as previsões legais que possuam tal escopo devem ser consideradas relativamente ineficazes no que diz respeito aos sujeitos que não integram o vínculo negocial.

5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.
- ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista Forense*, ano 100, n. 371. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.
- AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano XV, n. 18. Rio de Janeiro: Renovar, 2º semestre de 2000.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado — Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento — Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer). *Revista dos Tribunais*, ano 87, n. 750. São Paulo: RT, abr. 1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

- BASTOS, Antonio Adonias. *Teoria Geral da Execução*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesse público versus interesse privado: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 37. Porto Alegre: Fórum, 2006. p. 29-48.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos – Teoria Geral*. v. IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do contrato. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 29. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2º semestre de 2005.

- NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.
- SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 10. São Paulo: RT, abr./jun. 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SARMENTO, Daniel (org.). *Interesse público versus interesse privado: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista HISTEDBR On-line*, n.18. Campinas: UNICAMP, jun. 2005. p. 114-128.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SOARES, Renzo Gama. Breves comentários sobre a função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.
- _____. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.
- _____. (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v. 17. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2004.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A respeito da leitura jurisprudencial da função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAPÍTULO VI
**DIREITOS MORAIS DO AUTOR
E AUTONOMIA PRIVADA:
OS *GHOST-WRITERS* E INDISPONIBILIDADE
DO DIREITO À PATERNIDADE DA OBRA**

Fernanda Machado Amarante¹

SUMÁRIO: 1. **Introdução** — 2. **Direitos patrimoniais:** 2.1. Características; 2.2. Espécies — 3. **Direitos morais:** 3.1. Características; 3.2. Espécies — 4. **Contratos em Direito Autoral:** 4.1. Autonomia privada e o autor; 4.2. Espécies de contratos — 5. ***Ghost writers:*** 5.1. A tentativa de solução pela doutrina: paralelo com a obra por encomenda; 5.2. A tentativa de solução pela doutrina: modalidade contratual atípica; 5.3. O conhecimento da autoria pela sociedade: uma das funções sociais do Direito Autoral; 5.4. A posterior reivindicação da paternidade: 5.4.1. *Pela manutenção do contrato, prevalência da autonomia privada das partes e impossibilidade de posterior reivindicação da autoria;* 5.4.2. *Pela nulidade do contrato e possibilidade de posterior reivindicação da autoria* — 6. **Conclusões** — 7. **Referências.**

1. INTRODUÇÃO

O Direito Autoral assegura proteção ao criador² de obras literárias, artísticas e científicas, estabelecendo direitos subjetivos de natureza moral e patrimonial, com o intuito de estimular a produção intelectual, e, via de consequência, promover o incremento do acervo cultural, em favor da coletividade.

Este ramo jurídico assume uma natureza jurídica mista. Conciliando características patrimonialistas e personalistas, traz em seu bojo normas que regulamentam os denominados direitos patrimoniais e morais, que se relacionam e se complementam, sendo, porém, independentes entre si.

Tanto o art. 5º, XXVII, da Constituição Federal de 1988, como a vigente Lei de Direitos Autorais — LDA/98, Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998, preveem que as obras podem ser exploradas economicamente pelo seu criador. É dado

1 Fernanda Machado Amarante é advogada e professora universitária. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia — UFBA, é especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG, tendo se graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos.

2 O Direito Autoral também traz a proteção dos titulares dos direitos conexos, que são os intérpretes e executantes, os produtores de fonogramas e as emissoras de radiodifusão. Todavia, o presente trabalho é voltado à realidade do autor propriamente dito — o principal destinatário da proteção autoral.

ao autor, no gozo da sua liberdade contratual, usar, fruir e dispor da obra, transferindo, se assim desejar, suas faculdades patrimoniais a terceiros.

Vale observar que, por força do ordenamento, os contratos em matéria autoral apenas podem versar sobre os direitos patrimoniais. É vedada a transmissão dos direitos morais do autor, que por serem direitos de personalidade, assumem, dentre outras, as características de inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade.

A impossibilidade de disposição a título gratuito ou oneroso dos direitos morais do autor é o objeto de discussão do presente artigo, especificamente no que tange aos Ghost-writers, que são pessoas contratadas para elaborar textos em nome de outrem.

A realidade é a seguinte: um terceiro que não idealizou e externalizou a obra assume a sua paternidade, dizendo-se seu criador, por força de contrato firmado em caráter sigiloso com o verdadeiro autor.

O tema é objeto de superficial discussão na doutrina, sendo examinado o conceito de escritor fantasma, mas com pouca ênfase aos problemas advindos deste tipo de situação.

Propõe-se aqui discutir o motivo pelo qual a despeito de ficar caracterizada apropriação da obra de outrem, tratada pelo ordenamento jurídico como ato ilícito, se faz vistas grossas para esta realidade, sendo circunstância muito comum no cotidiano. Seria esta uma hipótese de relativização da interferência estatal que estabelece a indisponibilidade dos direitos de personalidade, com a prevalência da autonomia privada do autor?

Outra questão merece ser pontuada: diante da indisponibilidade dos direitos morais, a liberdade para a contratação visando à transferência da paternidade da obra prevaleceria? E mais, por ser imprescritível, poderiam os Ghost-writers reivindicar o direito à paternidade a qualquer tempo?

Todos estes são problemas oriundos do ofício do Ghost-writer e que se pretende tratar no presente artigo.

2. DIREITOS PATRIMONIAIS

Os direitos patrimoniais são assegurados aos criadores das obras literárias, artísticas ou científicas, assim também aos titulares (tanto os de direitos conexos, como os derivados) e referem-se à possibilidade de explorar economicamente a criação.

Ao autor é dado pessoalmente publicar, reproduzir ou distribuir suas obras, podendo, caso queira, transferir tais direitos a terceiros. É o que dispõe o art. 5º,

XXVII da Constituição Federal³. Também a LDA/98 em vigor, no art. 22 estabelece que pertencem ao autor os direitos patrimoniais⁴ e, em seu art. 285 assegura-lhe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

2.1. Características

Os direitos patrimoniais do autor possuem características próprias. Além das faculdades de usar, gozar e dispor, da observância de sua função social, outras peculiaridades destes direitos são apontadas pela doutrina. São elas: a exclusividade, a não sujeição ao *numerus clausus*⁶, os direitos patrimoniais são temporários, disponíveis, renunciáveis e penhoráveis/ expropriáveis.

A *exclusividade* do direito patrimonial consiste no fato de que ao autor é dado explorar a obra por si, ou autorizar a sua utilização por terceiros. A essência do direito patrimonial se manifesta na exclusividade do direito de exploração da obra, e nas múltiplas possibilidades de que dispõe o autor de receber resultados econômicos com a sua comercialização⁷.

A exploração da obra pode ser feita de diversas formas, não exaustivas. Daí afirmar-se que os direitos patrimoniais não se sujeitam ao *numerus clausus*. Quer-se com isso dizer que o autor dispõe de meios distintos e autônomos entre si⁸ para o aproveitamento econômico de sua criação.

Esta exploração, porém, não é perpétua. Ela dura por toda a vida do autor persistindo após a sua morte, mas pelo prazo fixado em lei. Por isso, a proteção patrimonial é *temporária*. No Brasil, a proteção se dá por toda a vida do criador

3 A Carta Magna enfatiza o aspecto patrimonial do Direito Autoral. Eis o seu conteúdo: “Art. 5º. XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”

4 O art. 22 da LDA/98 prevê também a titularidade dos direitos morais do autor, tema que será examinado no próximo tópico.

5 É teor do art. 28 da LDA/98: “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

6 Seguindo nomenclatura de Delia Lipszyc, adota-se a expressão “não se sujeitam ao numerus clausus” em detrimento do termo “ilimitado”, haja vista que este último pode ensejar a indevida interpretação de que os direitos patrimoniais não sofreriam limitações externas ou internas, o que não coaduna com a realidade. Merece registro que acaso empregada, tal palavra significaria que os direitos patrimoniais seriam ilimitados em sua quantidade, sendo possível criar um sem-número de situações de utilização das obras. (LIP-SZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris, Bogotá, Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalia, 1983. p. 175.)

7 PONTES. Hildebrando. *Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais creative commons*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

8 A título de exemplo, tome-se uma obra literária X. O autor desta obra pode permitir a edição de livros. Separadamente, autoriza que a obra seja adaptada para o teatro, que seja feito um musical com seu conteúdo. Pode, ainda, permitir a gravação de um filme, ou mesmo de um seriado de televisão, com base em uma mesma obra. Assim, afirma-se que a exploração não se sujeita ao *numerus clausus*.

intelectual, somando-se, ainda, o prazo de 70 (setenta) anos, cujo início de cômputo de contagem varia de acordo com a espécie de obra⁹.

A *disponibilidade* consiste na possibilidade que o autor tem de, onerosa ou gratuitamente, transferir a terceiro o direito de exploração da obra, o que pode se dar através de licença, cessão ou de concessão dos direitos, ou por outra modalidade contratual, sendo imprescindível a anuência do criador para que se configure.

Relacionada à permissão para alienar, tem-se a *possibilidade de renúncia*. Ao autor é dado explorar economicamente a obra, ou mesmo deixar de fazê-lo, abdicando dos seus direitos patrimoniais.

A *possibilidade de expropriação* é outra característica do direito patrimonial, que pode ser penhorado ou gravado de outra forma. O gravame não incide sobre seu âmbito moral. Desta forma, o direito de paternidade, por exemplo, continua incólume.

2.2 Espécies

Para a utilização de obra literária, artística ou científica, é indispensável a autorização do seu autor, sendo que o uso não autorizado caracteriza ilícito civil e penal.

Tradicionalmente, apresentam-se como espécies de utilização da obra a *reprodução*, *distribuição* e a *representação ou comunicação*.

A primeira consiste na cópia de um ou mais exemplares da obra e sua incorporação em um suporte tangível ou não. A segunda é “compreendida como decorrência natural do direito de reprodução”¹⁰, tratando-se da forma em que os exemplares reproduzidos serão disponibilizados ao público em geral. A terceira é a execução direta da obra, fazendo-se com que esta seja usufruída pelo público.

Assim, a reprodução é a materialização da obra em um suporte para sua posterior distribuição à coletividade. A distribuição é a colocação à disposição do original ou dos exemplares da obra. Já a representação diz respeito à execução direta ou por atos, como as encenações, a dança, ou mesmo pela sua projeção por satélite ou cabo.

Porém, como dito, os direitos patrimoniais não se encaixam em um rol taxativo, podendo assumir novas feições que não as previstas na lei e na doutrina

9 Acerca do cômputo dos prazos, v. arts. 41, 42, 43 e 44 da LDA/98.

10 PONTES, Hildebrando. op. cit. p. 46.

pátrias¹¹. Trata-se de “um feixe de direitos”, por assegurar ao autor da obra intelectual tantos direitos quantos são os possíveis contornos de sua utilização¹².

3. DIREITOS MORAIS¹³

O autor, ao criar, recebe influência social e histórica do meio em que vive. Mas a maior contribuição para a criação é dada por suas características próprias: é o seu aporte pessoal. Idealizada, concebida, exteriorizada, a obra traz, inegavelmente, conteúdo que espelha as peculiaridades da personalidade de seu criador.

Os traços pessoais marcam a criação humana, daí que, dentre os direitos subjetivos do autor, são incluídos os denominados direitos morais, que possuem natureza de direito da personalidade¹⁴. Destarte, os direitos morais, de ordem não patrimonial, ligam a obra ao seu criador de forma indissolúvel.

Carlos Alberto Bittar aduz que os direitos morais do autor

são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos

-
- 11 Neste sentido, oportuna a lição de Delia Lypszyc: “Los derechos de exploración de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo em que ella permanezca em el dominio privado. Sin embargo, com finalidad didáctica y para aventar problemas de interpretación de um principio básico em uma matéria relativamente nueva y poço difundida, las leyes mencionam, detalladamente, los distintos derechos patrimoniales, los cuales se corresponden com las diversas formas em que el autor puede ejercerlos (por ejemplo, el derecho de reproducción es el derecho a reproducir una obra mediante la realización de ejemplares o copias em cualquier forma material; el derecho de representación ed el de representar públicamente uma obra teatral; el derecho de radiodifusión es el de transmitir o retransmitir la obra por radio y televisión; etcétera)”. (LYPSZYC, Delia. op. cit. p. 175-176)
- 12 SALINAS, Rodrigo Kopke, Introdução ao direito autoral. In: CRIBARI, Isabela. (org.) *Produção cultural e propriedade intelectual*. Recife: Massangana, 2006. p. 31
- 13 Há debate na doutrina acerca da nomenclatura empregada para denominar esta espécie de direitos subjetivos do autor. H. Jessen, por exemplo, sustenta que a expressão direitos morais não o agrada. No seu entender, melhor seria denominar esta espécie de direitos de direitos pessoais, em contraposição aos patrimoniais. (ESSEN, H. *Direitos intelectuais*. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967). Também José de Oliveira Ascensão critica a expressão direitos morais. Para ele, “o qualificativo ‘moral’ é impróprio e incorreto. É impróprio, pois há setores não éticos no chamado direito moral e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 129). Todavía, por ser expressão consagrada, será empregada, no decorrer do presente trabalho, a denominação direitos morais. Enfatiza-se que a expressão é grafada no plural, diante da multiplicidade de direitos conferidos ao autor.
- 14 Bruno Jorge Hammes considera que os direitos morais do autor protegem o autor nas suas relações pessoais e de espírito com a obra. No seu entender, a despeito de dizer respeito à personalidade do autor, não se trataria de direito de personalidade, por somente surgirem com o advento da obra. (HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da propriedade intelectual. Subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 58). É de se discordar deste posicionamento, pois, como sustenta Rodrigo Moraes, a despeito de não serem inatos, os direitos morais do autor são direitos da personalidade, uma vez que são prolongamento do seu espírito criativo, sendo uma projeção de sua personalidade. (MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor. Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10).

se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor — que nele cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais —, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador.¹⁵

Os direitos morais objetivam a proteção do próprio autor, sujeito de direito que exterioriza a obra que é uma extensão de sua personalidade e, como tal, merece guarida no ordenamento jurídico.

3.1. Características

Os direitos morais são direitos da personalidade, possuindo as características destes últimos, exceto no que se refere a serem inatos. Isto porque não se constituem com o nascimento do autor, mas, sim, com o surgimento da obra — momento em que esta é concebida e exteriorizada.

Como ressalta Elimar Szaniawski, nem todos os direitos de personalidade são inatos, daí que os direitos morais do autor e do inventor se caracterizam como direitos especiais de personalidade, podendo surgir após o nascimento da pessoa¹⁶.

As suas principais características são: a pessoalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a perpetuidade e a imprescritibilidade.

Os direitos morais assumem um “caráter de proteção da subjetividade do criador intelectual”¹⁷. A obra é direta e indissolúvelmente vinculada àquele que a criou, sendo essência da sua personalidade e expressão do seu intelecto. Por isso, tem-se entre as características, a *pessoalidade*.

A *inalienabilidade* é decorrente da natureza jurídica desta modalidade de direitos, porque eles são personalíssimos. Daí que não são passíveis de disposição gratuita ou onerosa, como estabelece a legislação pátria¹⁸ e considera a doutrina autoralista.

Assim, por exemplo, o autor não pode dispor da sua qualidade de criador intelectual, permitindo que terceiro assumira esta posição em seu lugar. Isso porque é ele

15 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 47.

16 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 200. Também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho catalogam o direito às criações intelectuais no rol dos direitos psíquicos da personalidade, por serem manifestação direta da liberdade de pensamento. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

17 MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67.

18 É teor do art. 27, da LDA/98: “Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.”

o único titular dos direitos morais que surgem com a criação da obra, não podendo transferi-los a terceiros, posto que são pessoais, não passíveis de alienação¹⁹.

A *irrenunciabilidade* consiste na impossibilidade do autor de abdicar de seu direito. A ele não é dado renunciar ao direito moral referente à sua obra, por serem criador e criatura indissolavelmente ligados entre si.

O fato de manter-se anônimo não significa que o autor abdicou ao seu direito sobre a obra. Neste caso, ele apenas opta por não exercê-lo naquele momento, podendo reivindicar a paternidade a qualquer tempo, com a consequente vinculação de seu nome à obra por ele criada.

A prescritibilidade está diretamente relacionada com o decurso do tempo e a correlata inércia do titular do direito. A inércia na defesa não implica a extinção do direito ou da pretensão advinda da violação dos direitos morais do autor. São eles *imprescritíveis*, motivo pelo qual não são passíveis de serem adquiridos pela prescrição aquisitiva, e tampouco alcançados pela prescrição extintiva.

Nos dizeres de Hildebrando Pontes, “se o autor não pode livremente dispor do seu direito moral, por ser inalienável, preservá-lo inerte não configurará causa de sua extinção”.²⁰ A inércia na defesa ou o seu não exercício não resultam na perda dos mecanismos processuais e tampouco dos direitos morais em si²¹.

Na legislação brasileira, não há previsão acerca da duração dos direitos morais do autor, mas apenas quanto aos direitos patrimoniais. Daí que a *perpetuidade* é uma característica comumente apontada pela doutrina²², consistindo na possibilidade de serem exercidos em tempo ilimitado.

Mesmo com o óbito do autor, alguns dos direitos morais persistem²³ — como é o caso do direito à paternidade, à integridade da obra, ao inédito²⁴ —, sendo,

19 Como visto no item 2.1 quanto à inalienabilidade, esta se refere apenas aos direitos morais, o que não impede a transferência do direito de explorar a obra economicamente. Assim, os direitos patrimoniais — de exploração econômica da obra — são passíveis de transmissão a terceiros, sem que isso resulte em reflexos nos direitos morais.

20 PONTES, Hildebrando. *op. cit.* p. 35.

21 Apenas não prescreve a pretensão para defesa do direito moral. A pretensão indenizatória correlata ao dano sofrido pelo autor está sujeita ao prazo prescricional de 3 (três) anos, previsto no art. 206, § 3º, V do CC/2002.

22 Todavia, tal entendimento não é uníssono, havendo quem entenda ser exagero atribuir esta característica aos direitos morais, como Bruno Jorge Hammes e José de Oliveira Ascensão.

23 O direito ao arrependimento extingue-se com a morte do autor, assim, não é dado aos herdeiros — titulares derivados das obras, por sucessão *mortis causa* — retirar a obra de circulação.

24 O direito de inédito persiste, caso tenha havido manifestação do autor falecido neste sentido. Nesta hipótese, faz-se mister que haja solicitação do autor para que a obra não seja publicada — e, assim, não será dado aos herdeiros trazer a obra ao conhecimento do público *post mortem*. Podem, porém, os

inicialmente — no prazo legal —, defendidos pelos herdeiros²⁵. Por isso, diz-se que os direitos morais do autor são perpétuos.

No tocante às obras caídas em domínio público — as que tiveram o prazo de proteção legal expirado e que podem ser acessadas pela sociedade como um todo, sem pagamento prévio dos direitos patrimoniais — a defesa da criação é realizada pelo Estado²⁶. Nestes casos, porém, não é dado aos terceiros tomarem como suas obras de autor já falecido²⁷.

3.2. Espécies

No art. 24 da LDA/98 estão previstos os direitos morais em favor daquele que cria uma obra literária, artística ou científica. São eles: o direito de paternidade sobre a obra, o direito ao anúncio do nome do autor ou equivalente, o direito de inédito, o direito de conservar a integridade da obra, o direito de modificação da obra, o direito de arrependimento e o direito de acesso a exemplar único e raro de exemplar que esteja em poder de terceiro²⁸.

O *direito à paternidade* refere-se à relação existente entre a obra e o seu criador. O autor é o “pai” da obra e, por isso, tem o direito de requerer para si a autoria de sua criação.

O autor tem a faculdade de a qualquer tempo *reivindicar* a autoria de obra por ele criada, não importando o tempo, a localidade, as circunstâncias²⁹.

herdeiros deixar de publicar a obra mantida inédita pelo *de cuius*, caso este não tenha se manifestado pela sua não divulgação, desde que haja razoável justificativa para tanto, sob pena de restar caracterizado abuso de direito.

- 25 Observe-se que os direitos de personalidade não passam a ser de titularidade dos herdeiros do autor falecido, porque são direitos personalíssimos. O que ocorre é que os sucessores assumem a legitimidade para defendê-los.
- 26 Em caso de inércia por parte do Estado, os herdeiros, acaso existentes, continuam legitimados a tutelar os direitos morais acima mencionados.
- 27 Beltrano, por exemplo, não pode dizer-se autor da obra *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, porquanto ainda que em domínio público, a obra continua sendo de autoria de seu criador, pertencendo a toda a coletividade.
- 28 Esta listagem não é taxativa. Uma vez que se tratam de direitos da personalidade, o rol dos direitos morais do autor constante da LDA/98 é exemplificativo. Isto porque se busca a proteção maior e mais eficaz do sujeito, preservando-lhe a dignidade humana. Neste sentido, vide Carlos Alberto Bittar, para quem, “em consonância com os direitos em causa, não é taxativa a relação legal, em função, ainda, da diretriz adotada na Convenção de Berna e da própria textura da lei (arts. 24 e 49, I), referindo-se a doutrina a outros (como o de destruição da obra, ressalvados direitos de terceiros)”. (BITTAR, Carlos Alberto. op. cit. p. 132). Em sentido contrário, considerando *numerus clausus* os direitos pessoais do autor, vide José de Oliveira Ascensão. O autor português entende que “O que a lei quis outorgar, declarou-o expressamente”. (ASCENSÃO. José de Oliveira. op. cit. p. 132).
- 29 CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. Comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 45.

O *direito ao anúncio do nome ou equivalente*, diretamente relacionado à paternidade, é a faculdade que o autor tem de ligar seu nome ou pseudônimo à obra por ele criada³⁰.

Não se pode descurar de que a estes dois primeiros direitos morais examinados, corresponde o direito à informação garantido aos destinatários da obra, pelo qual à coletividade é assegurado conhecer de quem é a obra acessada.

Pelo *direito de inédito* é assegurado manter em segredo a obra criada. Ou seja, o autor pode, ao seu bel prazer, deixar de comunicar a sua criação ao público.

O *direito de conservar a integridade da obra*, também chamado de direito ao respeito, garante ao autor preservar a sua criação, seja impedindo que terceiros a modifiquem sem seu consentimento, seja providenciando os devidos reparos, para mantê-la isenta de danos.

Decorrência direta deste direito tem-se a possibilidade de o autor *opor-se a quaisquer alterações na obra*, ou mesmo àquelas que comprometam sua própria honra. O ordenamento jurídico confere ao criador intelectual a possibilidade de reagir contra atentado praticado contra sua obra, ainda que tenha alienado os direitos patrimoniais. Isto porque o direito moral é inerente à personalidade, não sendo objeto dos contratos³¹.

Também o *direito de modificar a obra* é assegurado. Pode o autor, ainda que entregue a criação a terceiro — antes ou depois de utilizada — alterá-la, caso julgue necessário.

Já o *direito de arrependimento e retirada* consistem na faculdade de, após publicada a obra, retirá-la de circulação, pelo fato de esta denegrir a imagem do seu criador ou sob outro fundamento. Obviamente, neste caso em que há a retirada da obra do comércio, será devida a indenização aos prejudicados, a exemplo dos que a exploram economicamente. Este direito, porém, não atinge as obras que estejam em poder de particulares, porquanto, como leciona H. Jessen, estas terão ultrapassado os limites de ação do autor³².

Ao autor é dado, ainda, o *acesso a exemplar único e raro de obra* por ele criada, visando a preservar sua memória, a conservação da obra ou mesmo para explorá-la economicamente³³.

30 É-lhe dado, todavia, optar pelo anonimato, hipótese em que ficará desconhecido. Neste caso, pretendendo o autor tornar-se público, poderá revelar-se a qualquer momento, pois, como visto, o direito moral é imprescritível. Será dado, ainda, ao autor anônimo, defender obra por ele criada em caso de ser usurpada por terceiros.

31 JESSEN, H. op. cit. p. 35.

32 Ibidem. p. 40

33 Foge à seara deste trabalho a discussão acerca da impropriedade da inclusão do direito de acesso à obra no rol dos direitos morais. Vale, no entanto, ressaltar que há doutrina criticando esta inserção, como o fazem Maristela Basso e Rodrigo Moraes.

4. CONTRATOS EM DIREITO AUTORAL

Como dito, os direitos patrimoniais podem ser transferidos pelo autor ou pelo seu titular a outrem. Esta transferência será realizada mediante contratos através dos quais um terceiro passa a explorar a obra economicamente.

4.1. Autonomia privada e o autor

A autonomia privada relaciona-se com a possibilidade conferida às pessoas para regulamentarem seus interesses, devendo a sua declaração de vontade estar em consonância com o ordenamento jurídico no que tange à forma, ao conteúdo, e à capacidade e legitimidade do sujeito³⁴.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges aduz que

No exercício da autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, as pessoas têm, do ordenamento, o poder criador, modificador e extintor de situações e relações jurídicas, no âmbito e na forma previstos pelo mesmo ordenamento que concede esse poder. Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para auto-regular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico.³⁵

Também nas relações contratuais autorais cujo objeto sejam os direitos patrimoniais, prevalece a autonomia privada. O autor³⁶ tem a liberdade de firmar negócios jurídicos de licença, cessão, concessão ou outras modalidades contratuais atípicas, transferindo a terceiro a exploração econômica de sua obra. Neste sentido, lhe é dado escolher se quer contratar, com quem e optar pela forma de utilização a ser outorgada.

Esta liberdade engloba, em tese³⁷, a possibilidade de discutir as condições dos contratos. Diz-se teoricamente porque, em regra, o contrato em matéria

34 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 30.

35 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

36 Assim como os titulares de direitos conexos.

37 O autor tem liberdade debater as cláusulas contratuais apenas em tese porque a realidade cotidiana dos contratos firmados em matéria autoral aponta para o lado oposto desta liberdade. É que, normalmente, nos contratos em que o autor transfere a outrem os direitos patrimoniais sobre sua obra, a abertura para discussão acerca das cláusulas é muito reduzida, senão ausente. Neste sentido, afirma Plínio Cabral: "O autor deseja ver sua obra entregue ao público. É um sonho que acalenta, não raro ao longo do tempo. É a razão de seu trabalho, muitas vezes realizado com sacrifício que chega às raias da privação, pois via de regra não

autoral assume nítida característica de adesão: o autor aquiesce com cláusulas pré-estabelecidas pelo outro contratante, muitas vezes por falta de opção, haja vista que, como qualquer outro trabalhador, necessita auferir rendimentos para viver — os quais advêm da exploração econômica de suas obras³⁸.

Vale observar que por determinação legal e construção doutrinária apenas os direitos patrimoniais são passíveis de transmissão a terceiros, o que não ocorre com os direitos morais, que permanecem na esfera subjetiva do autor.

4.2. Espécies de contratos

A LDA/98 prevê algumas espécies de contratos que podem ser firmadas pelo autor, com o fito de se operar a transferência dos direitos patrimoniais.

Esta transmissão pode se operar a título total ou parcial. Quando total, o terceiro recebe a integralidade dos direitos autorais patrimoniais. No segundo caso, apenas alguns dos direitos patrimoniais do autor são repassados ao terceiro, que, para exercer os demais, necessita de nova autorização do criador da obra.

São previstos no art. 49 da vigente LDA/98 como espécies de contratos que versam sobre direitos autorais patrimoniais o licenciamento, a concessão e a cessão. Vale observar, porém, que o legislador brasileiro deixou em aberto a contratação por outros meios, pelo que podem ser criadas outras modalidades em matéria autoral.

A *cessão* de direitos patrimoniais é contrato típico. Sendo o mais abrangente dos previstos na legislação autoral, é também a modalidade mais gravosa, haja vista que, por ela, o autor deixa de ser definitivamente o titular dos direitos patrimoniais sobre os quais versar.

Conseqüência do contrato de cessão é que o cessionário pode opor sua aquisição (equiparada à compra) a todos, inclusive ao próprio autor, ressalvados, porém, os direitos morais do criador da obra intelectual objeto do negócio.

O contrato de cessão refere-se apenas aos direitos patrimoniais. Ainda que se trate de cessão total, em que os direitos patrimoniais são transferidos de forma

dispõe de qualquer recurso, nem para a própria sobrevivência. Como falar em igualdade de condições ou autonomia de vontade em tal situação? Qualquer estipulação — e às vezes estipulação nenhuma — será aceita...” (CABRAL, Plínio. op. cit. p. 83).

38 Obviamente que tal situação não pode ser tomada como a única. Há casos outros em que tal abertura é proporcionada, por exemplo, quando se trata de autor de renome, que acaba por ficar em certo “pé de igualdade” com o futuro titular derivado dos direitos patrimoniais, sendo-lhe oportunizado negociar de forma a alcançar os seus interesses pessoais.

generalizada, os direitos morais não são transferidos ao cessionário. É o que dispõe o art. 49, I da vigente LDA/98³⁹ 40.

Já o *contrato de concessão* é o instrumento por meio do qual o autor transfere ao favorecido — o concessionário — o poder de utilizar a obra artística, literária ou científica, publicamente e com fins econômicos, provocando a restrição dos direitos de quem o concede.

Segundo Eduardo Vieira Manso:

Concessão é um ato jurídico emanado de quem tenha o poder, resultante da titularidade de um monopólio, de outorgar a outrem, mediante qualquer modalidade de negócio jurídico, o exercício de parcela ou de totalidade desse poder, temporariamente.⁴¹

A despeito de, em regra, pelo contrato de concessão o autor conservar para si o direito concedido, nada impede que seja restringida a sua faculdade de exploração do mesmo direito patrimonial objeto do contrato.

Finalmente, pelo contrato de *licença*, o autor permite que a obra seja usada para um fim determinado, resguardando para si o direito de licenciá-la novamente, assim como firmar contratos de concessão ou de cessão dos direitos patrimoniais pertinentes.

Os contratos de licença podem ter por objeto o uso de desenhos, fotos ou formas estéticas em produtos, embalagens e materiais de divulgação. Trata-se de prática muito comum no que se costuma chamar de *merchandising*: a inclusão de obras autorais na composição e venda dos produtos ou mesmo outra criação autoral — como os filmes, por exemplo —, assim também o inverso, a inclusão de produtos de comércio em obras artísticas.⁴²

Elisângela Dias Menezes observa que nos contratos de licença, o licenciante não é obrigado a abrir mão de quaisquer de seus direitos patrimoniais. Em verdade, ele simplesmente permite que se faça uso simples de sua obra, restrito à forma de utilização, ao tempo e às demais condições previstas no contrato⁴³.

Essas modalidades contratuais não excluem outras não tipificadas na legislação autoralista, podendo, o autor, no exercício de sua autonomia privada, firmar avenças com conteúdo e amplitude distintos.

39 Dispõe o inciso I, do art. 49, da LDA/98: “I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;”.

40 Observe-se, ainda, que a cessão não pode alcançar a todos os direitos patrimoniais. O denominado *droit de suite* ou direito de seqüência é inalienável e irrenunciável, não podendo ser objeto do contrato.

41 MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: RT, 1989. p. 37.

42 MENEZES, Elisângela Dias. op. cit. p. 203.

43 Ibidem. p. 204.

Para os contratos, típicos e atípicos, exigem-se a capacidade, a manifestação da vontade das partes, de forma livre, autônoma e em igualdade de condições, assim como a licitude do objeto.

5. *GHOST-WRITERS*

Ghost-writer ou *autor fantasma* é o nome atribuído à pessoa que cria a obra, sem, no entanto, ter seu nome revelado, uma vez que a paternidade é atribuída a terceiro. Por este ofício, aquele que efetivamente idealiza e externaliza a criação transfere, mediante contrato, a sua autoria a outrem.

Muito comum na elaboração de discursos políticos, é também empregado em outras modalidades de trabalhos, como os acadêmicos, literários, científicos, petições em escritórios de advocacia.

O ofício é de eticidade questionável porquanto, por força de contrato, o *Ghost-writer* permanece em sigilo. Ele concebe a obra como se fosse outra pessoa, atribuindo a esta a autoria. É o que bem observa Rodrigo Moraes, para quem

O ofício do *ghost-writer*, apesar de bastante antigo, continua sendo tabu, profissão clandestina e inconfessável, por comercializar de forma antiética o trabalho intelectual. O cinismo velado, inerente ao ofício, chega a ser escandaloso quando o *ghost-writer* escreve obras de caráter eminentemente pessoal, a exemplo de uma monografia/ dissertação/ tese ou de um romance literário. Artigos, discursos oficiais e pronunciamentos políticos, que geralmente não contêm forte carga de pessoalidade, podem até ser eticamente aceitáveis, mas, ainda assim, não estão imunes à críticas.⁴⁴

Assim, o reconhecimento público é atribuído ao adquirente e não ao verdadeiro criador. Isso porque quem cria anui em transferir a sua própria condição de autor.

No exercício do direito consubstanciado no art. 5º, XXVII da CF/88 e arts. 22 e 28 da LDA/98, há a alienação integral dos direitos patrimoniais incidentes sobre a criação humana — o que se enquadra no conceito de contrato de cessão total. E o que é pior: inclui-se, também, no âmbito do negócio jurídico firmado, em afronta ao princípio da indisponibilidade, a transmissão dos direitos morais do autor, desde a paternidade, atribuída àquele que não criou, como os demais direitos pessoais que da paternidade são decorrentes.

A situação é muito parecida com a de plágio em que há a apropriação indevida da obra de terceira pessoa. Não é igual, porém. No caso do *Ghost-writer*, há a expressa autorização para o encomendante assumir a paternidade da obra, o

44 MORAES, Rodrigo. op. cit. p. 136.

que não ocorre nos casos de plágio, em que quem se apresenta como autor o faz sem a permissão prévia do verdadeiro elaborador da obra.

5.1. A tentativa de solução pela doutrina: Paralelo com a obra por encomenda

O ofício do *Ghost-writer* é mais comum do que se imagina. Contratos como o ora debatido são firmados corriqueiramente. Assim, buscando lançar uma luz na questão, fazendo prevalecer o conteúdo do contrato e a autonomia privada das partes, há quem sustente que o objeto da avença deveria receber o tratamento similar ao conferido às obras por encomenda.

Obra por encomenda, como o próprio nome diz, é aquela cuja elaboração é solicitada por terceiro. Como enfatiza Carlos Alberto Bittar é a que “nasce da iniciativa de outrem, que a sugere, solicita, orienta ou dirige, cuidando da respectiva reprodução e sua divulgação, quando a tanto se destinar”.⁴⁵

Bruno Jorge Hammes é adepto desta corrente, aduzindo que o *Ghost-writer* produz as obras em nome de outrem por força do contrato, que se assemelha, ressalvadas suas particularidades, a um contrato de prestação de serviços. No seu entender, por falta de previsão legal clara a respeito deste ofício, deve-se considerar a obra como sendo feita por encomenda⁴⁶. A diferença seria a inclusão da transmissão dos direitos morais, atribuindo-se ao encomendante a paternidade da obra e os demais direitos daí decorrentes.

É de se destacar, porém, que a LDA/98 é expressa ao estabelecer que os direitos patrimoniais são passíveis de transferência, os morais, por sua vez, não.

5.2. A tentativa de solução pela doutrina: modalidade contratual atípica

Elisângela Dias Menezes, na busca de dar uma solução à temática, sem atribuir nome à modalidade contratual, ou mesmo equiparar às obras por encomenda, sustenta que poderia ser pensada uma modalidade de contrato em que o *Ghost-writer* cederia em conjunto com os direitos patrimoniais, também o direito de utilização da obra em nome do encomendante.

Todavia, a doutrinadora enfatiza que:

Não se trata de solução ideal, vez que os vícios decorrentes de uma leitura míope da lei jamais poderão convalidar-se por meio de uma simples justificação. Antes disso, a explicação acima decorre de uma mera tentativa de compreender o que se passa em um mundo

45 BITTAR, Carlos Alberto. op. cit. p. 98.

46 HAMMES, Bruno Jorge. op. cit. p. 112-113

onde quem cria pode estar, na prática, alienando sua própria condição de autor.⁴⁷

A proposta apresentada, a despeito da dedicação da autoralista, não logra a explicar a essência desta modalidade contratual e tampouco possibilitaria uma interpretação uníssona de sua natureza.

Permanece, neste caso, a contradição entre esta modalidade contratual e a impossibilidade de transferência do direito à paternidade.

5.3. O conhecimento da autoria pela sociedade:

Uma das funções sociais do Direito Autoral

O Direito Autoral assume diversas funções individuais e sociais. Entre as individuais podem ser elencadas a de proteção do autor, dos titulares de direitos conexos e dos titulares derivados. A função social deste ramo, por sua vez, abrange o incremento cultural, o desenvolvimento econômico, a inclusão digital, a promoção de acesso à cultura e à informação.

Outra função do Direito Autoral é a de identificação, que possui dupla perspectiva. A primeira é a individual, de proteção do criador da obra. A segunda, social, diz respeito à ciência da autoria pela coletividade, para fins de conhecimento da procedência da obra acessada.

Sobre o tema, Guilherme Carboni assevera:

As questões envolvendo o reconhecimento da autoria e o direito de paternidade normalmente são tratadas sob a ótica privada [...]. No entanto, há um evidente interesse da coletividade na identificação do autor de uma determinada obra ou informação, pois isso não apenas traz uma segurança social quanto à sua procedência, mas, principalmente, contribui para a formação de um espaço público democrático [...]⁴⁸

Prossigue o doutrinador sustentando que o direito de paternidade da obra deve ser considerado como um direito público à informação verdadeira, com a ciência da autoria, proporcionando o apropriado acesso às fontes da cultura nacional⁴⁹.

Assim, a sociedade como um todo tem o direito de ser informada acerca da verdadeira autoria da obra, o que resta afrontado pela transmissão da paternidade pelo autor original em favor do terceiro. Isto porque o *Ghost-writer* fica à sombra e o encomendante é quem aparece como o criador da obra.

47 MENEZES, Elisângela Dias. op. cit. p. 58.

48 CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71.

49 Ibidem. p. 72

5.4. A posterior reivindicação da paternidade

É da essência deste contrato o silêncio absoluto sobre a verdadeira autoria da obra. O sigilo é imprescindível nesta modalidade de comercialização. Por outro lado, o direito moral do autor é imprescritível e pode ser pleiteado a qualquer tempo.

Neste sentido, fica o questionamento: a despeito da avença ser livremente firmada, e do *Ghostwriter* transferir ao terceiro a autoria da obra, vivendo à sombra, seria possível a posterior reivindicação da autoria?

5.4.1. Pela manutenção do contrato, prevalência da autonomia privada das partes e impossibilidade de posterior reivindicação da autoria

Poder-se-ia sustentar que, por força da liberdade de contratação, o verdadeiro criador da obra abre mão da paternidade e demais direitos que a condição de autor lhe asseguraria.

Diante de sua autonomia para firmar os contratos de acordo com os seus interesses e da livre manifestação de vontade, deveria ser respeitado o pacto, prevalecendo a cláusula de sigilo.

E, então, o autor não poderia invocar a paternidade.

A teoria *venire contra factum proprium* é também fundamento que fortaleceria a manutenção do contrato. Isso porque não é dado ao contratante assumir um comportamento durante toda a relação contratual e, em seguida, praticar ato diametralmente oposto aos anteriores, afrontando a confiança da outra parte.

Nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “parte-se da premissa de que os contratantes, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos”.⁵⁰

Durante toda a relação contratual, o *Ghost-writer* assume obrigações contratuais, mantém postura sigilosa, permanecendo em segredo e atribuindo a paternidade da obra ao terceiro. Não poderia ele, ao seu bel prazer, alterar a conduta e exercer direito em contraposição ao que assumira inicialmente, sob pena de ofensa à boa-fé contratual.

Visando à segurança das relações, preservando-se a autonomia privada e a boa-fé objetiva, o contrato deveria ser mantido, com a impossibilidade de posterior reivindicação da paternidade da obra.

50 STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

5.4.2. Pela nulidade do contrato e possibilidade de posterior reivindicação da autoria

Autonomia privada e autonomia da vontade são figuras distintas. A manifestação do intento dos contratantes está vinculada aos ditames legais. Isso porque não mais se prestigia a liberdade individual como se fazia outrora.

A vontade das partes passa por filtros, sendo conjugada com outros requisitos fundamentais de validade dos contratos, como a manifestação livre e de boa-fé; a capacidade e legitimidade do agente; a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Sobre o tema, Miguel Lobato Gómez assevera que

o contrato é, então, o resultado de uma interação entre a vontade privada supostamente egoísta, e a lei que cuida dos interesses comuns. O contrato realiza uma multiplicidade de interesses e, paralelamente, não se acha formado só pelo conteúdo da vontade que colocaram nele os contratantes, senão também por determinações que derivam da lei e da equidade.⁵¹

A despeito de haver limitações, a liberdade do sujeito persiste, sendo a ele assegurado realizar negócios jurídicos. Sua atuação está, porém, condicionada a princípios e preceitos legais.

No caso em estudo, por mais que o *Ghost-writer* pretenda abrir mão da autoria, há a ingerência estatal que reserva a titularidade do direito à paternidade ao criador da obra, prevendo sua indisponibilidade, diante de sua natureza de direito de personalidade.

Preserva-se, do mesmo modo, a coletividade, que faz jus a conhecer a procedência do conteúdo acessado, com a conseqüente observância do princípio da função social do contrato — e do próprio Direito Autoral.

Em face da previsão legal expressa vedando a disposição do direito moral do autor, tem-se na hipótese a ilicitude do objeto. Via de conseqüência, resta configurada a nulidade desta modalidade contratual.

Observando que o Direito Autoral é também voltado à proteção da obra em si, Carlos Alberto Bittar aduz que “como se protege a obra, inclusive contra o criador, a renúncia traslativa (ou *de nègre*) — por meio da qual terceiro venha a aparecer como autor — é inadmissível, fazendo nula a respectiva avença”⁵².

Tomada como balizadora do intérprete a invalidade do contrato por ilicitude do objeto, diante do princípio da indisponibilidade do direito moral, e somando-se

51 GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar*. p. 252.

52 BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 109.

à imprescritibilidade desta modalidade de direito, a resposta ao questionamento formulado no presente trabalho se dá no sentido de ser assegurado ao *Ghost-writer* assumir a qualquer tempo a paternidade da obra por ele concebida.

Isto porque a nulidade não se convalida.

Ficam, portanto, afastadas as teorias que prestigiam a autonomia privada e a boa-fé objetiva com seu desdobramento, *venire contra factum proprium*: o contrato não poderia prevalecer em detrimento das disposições legais expressas que asseguram ao autor direitos morais e estabelecem a sua inalienabilidade e irrenunciabilidade. Inválida, por conseguinte, a cláusula de sigilo.

Não se pode olvidar, por fim, que em muitos casos, a autonomia do contratante acaba sendo limitada, por suas necessidades vitais, realidade de muitos autores, que sobrevivem da remuneração recebida pelo trabalho de criação.

Délia Lipszyc manifesta sobre o assunto, sustentando que o princípio da liberdade contratual prejudica a parte hipossuficiente, que comumente é o autor, haja vista que este tem menor força econômica. Para ela, a regulação legal acerca dos negócios jurídicos autorais deve contribuir para o equilíbrio das posições das partes contratantes, de modo a que sejam atendidos os seus legítimos interesses.⁵³

Assim, o argumento de que o *Ghost-writer* teria exercido sua escolha, firmando contrato desta modalidade, pode ser afastado pela necessidade de recebimento de remuneração para sua própria sobrevivência.

Tratando-se de direitos de personalidade, os direitos morais do autor, em que se inclui o direito de paternidade, estão vinculados ao seu verdadeiro titular: o real criador da obra.

6. CONCLUSÕES

O objetivo do presente trabalho foi examinar o ofício do *Ghost-writer*, tendo como premissas a indisponibilidade do direito moral à paternidade da obra e a autonomia privada do autor.

Esta é situação em que há a apropriação da obra criada por terceiro, ato tratado pelo ordenamento jurídico como ilícito, ainda que com o consentimento do autor. Não há como prevalecer o conteúdo contratual, por inidoneidade do objeto. Isso porque os direitos morais do autor são, por força de lei, reputados inalienáveis e irrenunciáveis.

Não se trata, assim, de uma hipótese de relativização da interferência estatal que estabelece a indisponibilidade dos direitos de personalidade, e via de

⁵³ LIPSZYC. op. cit. p. 274.

conseqüência, resta impossibilitada a prevalência da autonomia privada das partes contratantes.

Diante da indisponibilidade dos direitos morais, o contrato em comento é nulo e tendo em vista a imprescritibilidade dos direitos morais do autor, a despeito da cláusula de sigilo, poderá o *Ghost-writer* reivindicar o direito à paternidade a qualquer tempo.

7. REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. Comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.
- CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Contratos: Teoria Geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar*.
- HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da propriedade intelectual*. Subsídios para o ensino. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- JESSEN, H. *Direitos intelectuais*. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris, Bogotá, Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalía, 1983.
- MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: RT, 1989.
- MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PONTES, Hildebrando. *Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais creative commons*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERNANDA MACHADO AMARANTE

SALINAS, Rodrigo Kopke, Introdução ao direito autoral. In: CRIBARI, Isabela. (org.)
Produção cultural e propriedade intelectual. Recife: Massangana, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT,
2005.

AUTONOMIA E FUNÇÃO SOCIAL

Rodrigo Andrade de Almeida
Diogo de Calasans Melo Andrade

CAPÍTULO VII

FUNÇÃO SOCIAL DA FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?

Rodrigo Andrade de Almeida¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Delimitando o problema: Liberdade de Direito e liberdade de Fato — 3. O problema filosófico da liberdade de Fato — 4. Limites à Autonomia Privada: um mal necessário? — 5. (In)Conclusões — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A crise do modelo liberal de Estado trouxe repercussões importantes para a disciplina jurídica dos contratos.² De uma maneira geral, implicou na imposição de limites sociais à autonomia privada, através da funcionalização de importantes institutos do Direito Privado, como o contrato e a propriedade, sob o argumento da máxima efetivação da dignidade humana.

Do ponto de vista jurídico, autonomia privada pode ser entendida como “o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações”.³ Trata-se, portanto, de um dos princípios fundamentais do Direito Privado, que se materializa por meio da realização de negócios jurídicos, tidos como “a forma mais intensa, juridicamente considerando, de exercício da esfera de liberdade jurídica que as pessoas têm”.⁴

Pode-se, então, observar a íntima relação existente entre a *autonomia privada*, categoria jurídica, e a *liberdade individual*, categoria política, não restando dúvida de que o chamado *dirigismo contratual*, ao impor limites à autonomia privada limita, por conseguinte, a liberdade individual.

1 Mestre em Direito (UFBA). Professor de Direito Civil, Direito Constitucional e Filosofia do Direito do Centro Universitário Jorge Amado e da Faculdade Apoio/Unifass. Advogado em Salvador (BA).

2 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sintetizam que “As leis civis, pouco a pouco, deixariam de ser meramente abstencionistas, passando a intervir na seara das relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a balança contratual por meio da previsão de instrumentos ou mecanismos jurídicos em favor do hipossuficiente econômico (inversão do ônus da prova, responsabilidade civil objetiva, desconsideração da pessoa jurídica, teoria da imprevisão, etc.)”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 4, t. I. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72-73.

3 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

4 Idem, p. 48.

Embora o problema da limitação da autonomia privada como instrumento de proteção da dignidade humana e realização da igualdade substancial esteja solidamente assentado na doutrina e disciplinado no Direito brasileiro, sua justificação se dá, de forma predominante, com base em argumentos econômicos, a exemplo da necessidade de tutelar o hipossuficiente,⁵ mas pouco se fala do que se poderia chamar de *função social da funcionalização* da autonomia privada.

Nessa ordem de ideias, o presente trabalho tem por objetivo explorar o fundamento da limitação da autonomia privada na perspectiva da filosofia, em especial no que tange ao problema filosófico da *liberdade*, partindo da hipótese de que, não sendo a existência do livre-arbítrio um fato incontestado, a funcionalização da autonomia privada, embora assentada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, tem por função, também, a manutenção do *status quo* das sociedades capitalistas de consumo.

2. DELIMITANDO O PROBLEMA: LIBERDADE DE DIREITO E LIBERDADE DE FATO

Liberdade é uma palavra ambígua, que encerra tanto um conceito negativo (ausência de qualquer impedimento ou obstáculo)⁶ quanto positivo (capacidade de fazer o que se quer).⁷ Assim, cumpre delimitar o sentido em que o termo será empregado no presente texto.

Remonta a Leibniz a distinção entre dois grandes sentidos da palavra: *liberdade de direito e liberdade de fato*.⁸

A liberdade de direito refere-se à ausência de coerções *externas*, entendidas como aquelas que podem advir do Estado, da coletividade ou da sociedade. Trata-se da liberdade em suas perspectivas política (liberdade política ou formal) e jurídica (liberdade jurídica).

A liberdade de fato, por sua vez, está ligada à ausência de coerções *intrínsecas*, interiores, isto é, ligadas ao próprio sujeito. Trata-se, aqui, da capacidade de *fazer o que se quer* (liberdade material), que depende, por exemplo, da capacidade econômica do sujeito, de seu vigor físico, de sua cultura, dentre outros fatores,

5 Uma exceção pode ser encontrada em BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 50-55. Após reconhecer que “A autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais [...]”, a autora enfrenta o *fundamento filosófico da conversão, pela teoria do direito, da autonomia da vontade em autonomia privada*.

6 SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre-arbítrio*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

7 WOLFF, Francis. A invenção materialista da liberdade. In: NOVAES, Adauto (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras 2002. p. 16.

8 Idem, p. 16.

e da *liberdade de querer*, ou seja, da liberdade de querer independentemente de qualquer estado anterior (livre-arbítrio) aliada à possibilidade de determinar-se em conformidade com o que se quer verdadeiramente.

O problema da *liberdade de direito* foi amplamente explorado pelos teóricos do liberalismo no contexto da formação do Estado moderno, a ponto de Grondona dar-lhes a denominação genérica de *os pensadores da liberdade*.⁹ A especificidade dessa abordagem era clara para seus teóricos: o próprio John Stuart Mill, por exemplo, o declara na introdução dum de seus trabalhos mais importantes.¹⁰ Pode-se imputar à atenção dada pela filosofia a essa vertente do problema da liberdade conquistas políticas históricas, como o próprio desenvolvimento do constitucionalismo moderno e o reconhecimento de direitos fundamentais.¹¹

O problema da *liberdade de fato*, por sua vez, malgrado tenha equivalente relevância ao da liberdade de direito, costuma ser menos amiúde considerado pelos juristas.

Tal fato, conforme tentar-se-á ilustrar nas linhas seguintes, não decorre de desídia ou negligência da parte dos estudiosos do direito, mas do próprio sistema de ideias em que se baseiam suas construções teóricas, isto é, o racionalismo, em especial o de matiz cartesiana.

3. O PROBLEMA FILOSÓFICO DA LIBERDADE DE FATO

A revolução científica, iniciada no século XVI, inaugurou a explicação mecanicista do mundo, tendo grande repercussão para a maneira de enxergar o próprio homem e o seu lugar no mundo. A tradição clássica do homem como *zoon logikón* foi prolongada, mas teve seu conteúdo alterado, sobretudo a partir da abordagem cartesiana.

O itinerário tradicional do saber filosófico percorria o caminho desde a Física, em direção à Metafísica. Nessa perspectiva, em primeiro lugar o homem tomava consciência do mundo (*physis*), e em seguida consciência de fazer parte

9 GRONDONA, Mariano. *Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick*. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 17. A lista de Grondona engloba John Locke, Adam Smith, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Immanuel Kant, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill, Juan Bautista Alberdi, Max Weber, Karl Popper, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek, John Rawls e Robert Nozick.

10 Afirma o autor: “O assunto deste Ensaio não consiste na assim chamada Liberdade do Arbítrio, oposta de modo tão infeliz à doutrina inadequadamente designada de Necessidade Filosófica, mas na Liberdade Social ou Civil, ou seja, a natureza e os limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo.” (MILL, John Stuart. *A liberdade / Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5).

11 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 139. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 38.

dele, estando, assim, no domínio da Física. A partir de então, tomaria consciência do transcendental, entrando no domínio da Metafísica, enxergando-se assim como *horizon et confinium* entre o corporal e o espiritual, num mundo coerente e finito que possuiria um princípio de movimento próprio.

Descartes fez o caminho contrário, partindo da Metafísica em direção à Física, invertendo completamente o itinerário do saber filosófico e dando primazia absoluta ao *método*.¹² De seu ponto de vista, em primeiro lugar o homem toma consciência de si (*cogito*), na forma de certeza de sua própria existência *espiritual*, tomando em seguida consciência da existência de Deus, por meio da presença da ideia de infinito em sua mente e, só depois, já no domínio da Física, o homem toma consciência do seu corpo e do mundo, ambos exteriores ao espírito. Nessa nova perspectiva, inaugurou-se o dualismo entre a *subjetividade do espírito*, concebido na construção cartesiana como *res cogitans*, e a *exterioridade do corpo*, entendido por Descartes como *res extensa*, em relação ao espírito.¹³ Dessa forma,

[...] O mundo não é mais a *physis* antiga dotada de um princípio imanente de movimento (*arquê kinêseôs*, na definição de Aristóteles), mas a grande máquina capaz de ser analisada pela razão e por ela reproduzida na forma de um modelo matemático. [...] O corpo humano é integrado no conjunto dos artefatos e das máquinas, e só a presença do “espírito”, manifestando-se sobretudo na linguagem, separa o homem do “animal-máquina”.¹⁴

A idade racionalista impulsionada por Descartes concebeu o homem a partir do *moralismo e do humanismo devoto*, fundamentados na ideia de *razão objetiva*.¹⁵ Essa concepção, ao promover a separação entre corpo (matéria situada,

12 DESCARTES, René. *Regulae ad directionem ingenii*. Texto original publicado em 1628 disponível em: <<http://www.ac-nice.fr/philo/textes/Descartes-Regulae.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2011. *A Regula IV afirma que “Necessaria est methodus ad veritatem investigandam”*.

13 DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 62. A tese da separação entre corpo e espírito é desenvolvida nos seguintes termos: “Mais tarde, ao analisar com atenção o que eu era, e vendo que podia presumir que não possuía corpo algum e que não havia mundo algum, ou lugar onde eu existisse, mas que nem por isso podia supor que não existia; e que, ao contrário, pelo fato mesmo de eu pensar em duvidar da verdade das outras coisas, resultava com bastante evidência e certeza que eu existia; ao passo que, se somente tivesse parado de pensar, apesar de que tudo o mais que alguma vez imaginara fosse verdadeiro, já não teria razão alguma de acreditar que eu tivesse existido; compreendi, então, que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de lugar algum, nem depende de qualquer coisa material. De maneira que esse eu, ou seja, a alma, por causa da qual sou o que sou, é completamente distinta do corpo e, também, que é mais fácil de conhecer do que ele, e, mesmo que este nada fosse, ela não deixaria de ser tudo o que é.”

14 VAZ, Henrique C. de Lima. *Antropologia filosófica*. v. 1. 9.ed. São Paulo: Loyola, 2009. p. 74.

15 Horkheimer explica que razão objetiva é uma concepção que “afirmava a existência da razão não só como uma força da mente individual, mas também do mundo objetivo: nas relações entre os seres humanos e entre classes sociais, nas instituições sociais, e na natureza e suas manifestações. [...] O grau de

fenomênica, limitada e apetente) e espírito (razão livre, perfeita e ilimitada), *pressupôs*, sem maiores discussões, a possibilidade da liberdade de fato (isto é, a liberdade de querer e de escolher o que se quer), concentrando-se na fundamentação jusnaturalística da liberdade de direito, entendida como condição necessária para o efetivo exercício daquela.¹⁶

A linha argumentativa dessa abordagem é mais ou menos a seguinte: o corpo é matéria e, ao se inserir no mundo físico, está sujeito à relação de causalidade própria da natureza. Isso significa que o corpo tem *apetência*, ou seja, *necessidades* que nada mais são que *efeitos* decorrentes de *causas* determinantes. Ocorre que, diferentemente dos outros entes, o homem possui *racionalidade*, compreendida em termos ideais e, portanto, capaz de romper a causalidade do mundo físico e determinar-se de forma autônoma (livre). Nessa perspectiva, a liberdade está diretamente ligada à racionalidade pura, isto é, livre de quaisquer constrangimentos físicos ou naturais, daí a fundamental importância de separar, ontologicamente, o corpo do espírito. Na prática, é como se um homem prestes a morrer de fome pudesse, por meio da razão, livremente escolher não furtar alimentos por considerar essa prática contrária ao seu senso de justiça. A razão, aqui, liberta-se totalmente da necessidade física e faz uma escolha livre, rompendo o vínculo de causalidade.¹⁷

Ocorre que a liberdade de escolher o que se quer é, em si, questionada por muitos pensadores. De uma maneira geral, a principal objeção à possibilidade da

racionalidade de uma vida humana podia ser determinado segundo a sua harmonização com essa totalidade. [...] Esse conceito de razão jamais excluiu a razão subjetiva, mas simplesmente considerou-a como a expressão parcial e limitada de uma racionalidade universal, da qual se derivavam os critérios de medida de todos os seres e coisas.” (HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 10-11).

- 16 Esta é também a conclusão a que chega PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, op. cit., p. 210, para quem “Tanto del análisis histórico como de la reflexión teórica, el primer valor que aparece por su importancia es el de la libertad, que encontramos en muchos discursos doctrinales desde el humanismo y el iusnaturalismo racionalista, con raíces tan antiguas como es pensamiento humano, y que cumpliría el papel, a mi juicio de valor central, del que derivan y se explican otros, por su mayor proximidad con la misma idea de moralidad. En efecto, no es descabellado sostener, y entre las aportaciones históricas esa argumentación aparece reiteradamente, que alcanzar la libertad moral, sinónimo de autonomía y de independencia, respecto a los demás, en la realidad social, cultural, económica y política, es el fin de la vida humana. El centro del consenso de los derechos será encontrar una libertad social y jurídica que facilite la que hemos llamado libertad moral”.
- 17 Essa é a raiz do pensamento kantiano que, distinguindo no homem *razão pura e razão prática*, defende a supremacia da primeira sobre a segunda no âmbito das escolhas morais. Nessa perspectiva, formula seus famigerados imperativos categóricos: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51), e “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”(KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 59).

liberdade de fato considera que não é possível separar no homem, tanto do ponto de vista ôntico quanto do fenomênico, o corpo (físico) do espírito (razão), como fazem os racionalistas cartesianos.

Schopenhauer, por exemplo, afirma que o homem, sendo um fenômeno no espaço e no tempo, assim como todos os demais objetos da experiência (animais, plantas e seres inanimados), está submetido à lei da causalidade¹⁸ que, segundo o autor, apresenta-se sob três aspectos: (1) causalidade, no sentido mais restrito da palavra, (2) excitação e (3) motivação.¹⁹

A *causalidade*, compreendida no sentido mais estrito da palavra, “[...] é a lei segundo a qual todas as mutações mecânicas, físicas e químicas se produzem nos objetos da experiência”,²⁰ especificamente os corpos privados de vida, isto é inorgânicos. Caracteriza-se pela possibilidade de medir-se e prever-se o grau de intensidade dos efeitos a partir do conhecimento do grau de intensidade das causas.²¹

A *excitação*, por sua vez, é a forma de causalidade que se caracteriza pela inexistência de exata proporcionalidade entre a ação e a reação correspondente e pela impossibilidade de se estabelecer uma equação entre a intensidade da causa e a intensidade do efeito, observando-se, assim, nos corpos do reino vegetal.²²

A *motivação*, por fim, é a forma da causalidade peculiar ao reino animal, que age por meio da inteligência. O homem, diferentemente dos outros animais, tem a capacidade conferida pela *razão* de, além de perceber por meio dos sentidos o mundo exterior, também deduzir, por abstração, das suas sensações certas noções de caráter geral (conceitos). É por essa razão que o homem,

[...] graças à sua capacidade de formar representações não sensíveis, por meio das quais ele *pensa e reflete*, domina um horizonte infinitamente mais extenso, que abraça tanto os objetos ausentes como os presentes, o futuro e o passado: oferece ele, por assim dizer, uma superfície bem maior à ação dos motivos exteriores, podendo por consequência exercer a própria escolha entre um número muito maior de objetos do que seja possível ao animal, cujos olhares estão circunscritos aos restritos limites do presente.²³

18 SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre-arbítrio*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

19 Idem, p. 54.

20 Idem, p. 55.

21 Idem, p. 55-56.

22 Idem, p. 56-57. Schopenhauer ilustra essa forma de causalidade nos seguintes termos: “[...] Sabe-se, por exemplo, que o crescimento das plantas pode ser aumentado em muito pela influência do calor, ou mistura de cal à terra, agindo como estimulantes da sua força vital; mas ultrapassando em algo a medida justa no grau de excitação, não resultará mais um aumento de atividade e uma precoce maturidade, mas sim a morte da planta” (p. 56).

23 Idem, p. 61-62.

Assim, a motivação é apenas uma forma de causalidade, à qual o homem está adstrito. Schopenhauer conclui com o seguinte exemplo que, apesar, de extenso, merece ser transcrito:

[...] devemos imaginar um homem que, estando, por exemplo, na rua, dissesse consigo mesmo: “São seis horas; o meu dia de trabalho terminou. Poderei, conseqüentemente, passear ou ir ao casino; poderei, também, subir à torre para admirar o ocaso do sol, ou ir ao teatro, ou visitar este ou aquele amigo; e poderei, ainda, sair para os arredores da cidade e lançar-me em meio da vastidão do universo para não mais voltar... Tudo isso depende somente de mim; tenho plena e absoluta liberdade de agir como me apraz; entretanto, não farei nada de quanto tenho dito, voltando, pelo contrário, *não menos voluntariamente* para casa, junto de minha mulher”. Tudo isso é como se a água tivesse dito: “Posso encapelar-me fragorosamente em vastas ondas (certamente: quando o mar está tempestuoso!) — posso serpentear com arrancos precipitantes, devastando tudo à minha passagem (sim, no leito de uma torrente) — posso cair em tumulto de espumas (naturalmente, em cascata) — posso elevar-me no ar, livre como um raio (sem dúvida, no guincho de uma fonte) — posso, finalmente, evaporar-me e desaparecer (perfeitamente: ao calor de 100°) — todavia não faço nada disso e continuo quietinha, límpida e vaga, no espelho de um lago”.

Do mesmo modo, a água não pode transformar-se senão quando nela intervêm determinadas causas, levando-a a um ou a outro estado; assim, também, o homem não pode realizar tudo quanto imagina estar ao seu alcance senão quando a isso o conduzem motivos particulares. Nenhum ato lhe será possível sem a intervenção de uma causa; mas apenas essa aja sobre si, *deve* ele, de forma idêntica ao que acontece em relação à água, comportar-se do modo que é desejado pelas circunstâncias correspondentes aos casos singulares.²⁴

Em oposição à construção existencialista de Sartre, Merleau-Ponty, partindo da abordagem fenomenológica e reconhecendo o homem como ser *situado* (Ser-no-Mundo, Ser-para-Si e Ser-para-Outrem), descarta a abordagem idealista que reduz a liberdade à consciência. Para o autor, não há liberdade absoluta, pois esta é constituída, para além da vontade, de inúmeras *motivações* (em sentido muito semelhante ao empregado por Schopenhauer) decorrentes da própria existência de cada indivíduo no mundo. Assim,

[...] Sou eu que dou um sentido e um porvir à minha vida, mas isso não quer dizer que esse sentido e esse porvir sejam concebidos,

24 Idem, p. 71-72. Grifos do autor.

eles brotam de meu presente e de meu passado e, em particular, de meu modo de coexistência presente e passado. [...] no ponto de partida, não sou um indivíduo para além das classes, sou socialmente situado, e minha liberdade, se tem o poder de me engajar alhures, não tem o poder de instantaneamente me tornar aquilo que decido ser. Assim, ser burguês ou operário não é apenas ter consciência de sê-lo, é valorizar-se como operário ou como burguês por um projeto implícito ou existencial que se confunde com nossa maneira de pôr em forma o mundo e de coexistir com os outros. Minha decisão retoma um sentido espontâneo de minha vida, que ela pode confirmar ou infirmar, mas não anular. O idealismo e o pensamento objetivo deixam igualmente escapar a tomada de consciência de classe, um porque deduz a existência efetiva da consciência, outro porque infere a consciência da existência de fato, ambos porque ignoram a relação de motivação.²⁵

Por fim, conclui Merleau-Ponty sobre a liberdade:

O que é então a liberdade? Nascer é ao mesmo tempo nascer do mundo e nascer no mundo. O mundo está já constituído, mas também não está nunca completamente constituído. Sob o primeiro aspecto, somos solicitados, sob o segundo somos abertos a uma infinidade de possíveis. Mas esta análise ainda é abstrata, pois existimos sob os dois aspectos ao mesmo tempo. Portanto, nunca há determinismo e nunca há escolha absoluta, nunca sou coisa e nunca sou consciência nua. [...] Escolhemos nosso mundo e o mundo nos escolhe.²⁶

Mais recentemente, António Damásio procurou demonstrar, numa perspectiva estritamente fisiologista, o papel e a importância da *emoção* no processo (racional) de tomada de decisões.

O autor estudou doentes neurológicos em que a experiência dos sentimentos se encontrava diminuída por lesões cerebrais, ocasionando uma acentuada dificuldade no processo de tomada de decisão. Ao contrário do que se supunha anteriormente, a pesquisa sugeriu que a emoção, ao invés de perturbar o raciocínio, era parte integrante e auxiliar deste.²⁷ Nessa perspectiva, razão e emoção interagem, mediadas pelo *corpo*, contrariando a tese cartesiana da separação entre corpo e espírito. Afirma Damásio que

Essa ideia encontra-se ancorada nas seguintes afirmações: 1) o cérebro humano e o resto do corpo constituem um organismo

25 MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 599-600.

26 Idem, p. 608-609.

27 DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 12.

indissociável, formando um conjunto integrado por meio de circuitos reguladores bioquímicos e neurológicos mutuamente interativos (incluindo componentes endócrinos, imunológicos e neurais autônomos); 2) o organismo interage com o ambiente como um conjunto: a interação não é nem exclusivamente do corpo nem do cérebro; 3) as operações fisiológicas que denominamos por mente derivam desse conjunto estrutural e funcional e não apenas do cérebro: os fenômenos mentais só podem ser cabalmente compreendidos no contexto de um organismo em interação com o ambiente que o rodeia. O fato de o ambiente ser, em parte, produto da atividade do próprio organismo apenas coloca ainda mais em destaque a complexidade das interações que devemos ter em conta.²⁸

Do breve recorte que aqui se fez acerca do debate filosófico em torno da liberdade de fato, em especial do livre-arbítrio ou, dito de outra forma, da possibilidade de livremente escolher o que se quer despojado de quaisquer influências exteriores à razão e à consciência, pode-se observar que, além de não haver consenso sobre o assunto, a perspectiva racionalista moderna enfrenta crescente oposição. Assim, e diante do atual contexto capitalista globalizante, a moderna concepção jurídica da “autonomia da vontade” torna-se problemática.

4. LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA: UM MAL NECESSÁRIO?

Até aqui, viu-se que o conceito moderno de liberdade de fato está assentado na tese cartesiana da separação entre corpo e espírito, com primazia deste sobre aquele; tal separação daria origem a uma razão absoluta, capaz de fazer escolhas completamente livres de quaisquer apetências ou necessidades corporais tendo, portanto, o condão de romper o nexo de causalidade do mundo físico e fazer do homem um ser dotado de livre-arbítrio.

Considerando-se, então, o homem apto a livre e racionalmente *escolher o que quer querer*, erigiu-se o paradigma da *autonomia da vontade*, como sendo a necessidade de garantia, pelo Estado, da preservação da aptidão conferida pelo ordenamento jurídico para os indivíduos regularem autonomamente suas relações jurídicas interprivadas. Daí, por exemplo, a afirmação do princípio *pacta sunt servanda* e a preocupação dos modernos Códigos Civis com a higidez da manifestação de vontade dos contratantes.

Ocorre que, conforme também já se anotou anteriormente, há grande controvérsia acerca da dicotomia corpo-espírito e da efetiva atuação de uma *razão absoluta*, independente de condicionamentos empíricos. Em outras palavras,

²⁸ Idem, p. 20.

admite-se que fatores externos podem, se não determinar, ao menos influenciar as decisões humanas acerca de sua própria vontade.

Fatores de influência podem se tornar irresistíveis numa sociedade de consumo em massa, como a atual. Poucas frases são tão eloquentes e ilustrativas disso quanto a proferida por Steve Jobs, um dos fundadores da Apple, numa entrevista à *BusinessWeek* de maio de 1998: “Muitas vezes, as pessoas não sabem o que querem até você mostrar isso a elas”.²⁹

De fato, como denunciam José Eduardo Faria e Rolf Kuntz, na medida em que o Estado se mostra incapaz de alimentar financeiramente seus programas sociais, os direitos sociais são “mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização”³⁰ e, além de não os assegurar a todos indistintamente, o Estado passa a abdicar de determinadas funções públicas, através da privatização da prestação de serviços essenciais, abrindo cada vez mais espaço para que a iniciativa privada explore os serviços de transportes públicos, educação e assistência médico-hospitalar, por exemplo. Destarte, o *cidadão titular de direitos civis* do Estado-social, progressivamente dá lugar ao *consumidor* do Estado Neoliberal.³¹ Por via de consequência, como observam os supracitados autores,

[...] como este é um momento em que o emprego estável de qualidade na economia formal vai se reduzindo na mesma proporção em que aumentam o subemprego, a subcontratação, a terceirização, o trabalho informal, o trabalho sazonal, o trabalho por empreitada e o trabalho por conta própria sem qualquer proteção jurídica [...], quem está desempregado e/ou na informalidade tende naturalmente a ficar sem acesso ao mercado consumidor. Com isso, aqueles que não têm condições de comprar esses serviços básicos e aqueles que não têm como pagar por serviços já consumidos, ou seja, os “excluídos” e os inadimplentes no plano econômico, convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.³²

O cidadão livre e racional dos albores da Modernidade é, hoje, o consumidor disputado por transnacionais e grandes conglomerados de corporações de todos os recantos do mundo que, nessa disputa, lançam mão de todas as armas. Nesse contexto, o consumidor é observado e estudado, traçam-lhe-se perfis e hábitos

29 Na entrevista original: “A lot of times, people don’t know what they want until you show it to them.” Disponível em: <<http://www.businessweek.com/1998/21/b3579165.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2013.

30 FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercados e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 113.

31 Idem, p. 114.

32 Idem, p. 114.

de consumo e desenvolvem-se estratégias as mais diversas para *conquistá-lo* e *fidelizá-lo*. Os nomes das empresas, os elementos da marca, a arquitetura dos estabelecimentos (físicos e virtuais), a disposição dos produtos nas gôndolas e prateleiras, as políticas de precificação, as cores, os cheiros, a abordagem dos vendedores, as campanhas publicitárias, as imagens criadas no imaginário... tudo é meticulosamente estudado, planejado, executado, avaliado e reajustado, para que o consumidor (o cidadão livre e racional dos albores da Modernidade) não resista e... consuma.

O estímulo ao consumo, contudo, não vem apenas do mercado fornecedor. No atual estágio do capitalismo globalizante o volume de consumo está diretamente ligado ao resultado das economias nacionais, e o próprio Estado estimula o consumo, por meio da adoção de políticas de concessão facilitada de crédito, renúncia fiscal e redução de alíquotas de tributos incidentes sobre setores específicos da indústria, com vistas à redução de preços, aumentando o consumo e impulsionando a economia.

Diante de um contexto assim delineado, como imaginar a livre atuação da razão nas escolhas feitas pelo homem contemporâneo? Ora, a observação da tradição filosófica ocidental revela a existência de *ideais* da realização humana em diferentes períodos da história. Na antiguidade pré-clássica, predominou o ideal do *herói*, progressivamente substituído, na era clássica, pela figura do *sábio* como ideal de realização humana. O cristianismo medieval, por sua vez, apresentou como ideal de realização humana o *santo* cristão, que influenciou profundamente a ideia ocidental do homem e predominou no universo cultural até a ruptura provocada a partir da Renascença, quando diversos ideais de realização do homem foram se sucedendo, século após século: no século XVI, o ideal do *honnête homme* traduziu o traço cartesiano do homem moderno, confiante na razão como princípio de organização metódica da vida do indivíduo e da sociedade; no século XVIII, o ideal iluminista se traduziu na ruptura com toda forma de tradição, para louvar o homem revolucionário e o século XIX reuniu seus traços na figura do *burguês conquistador*. Todos esses ideais tinham em comum a primazia conferida à vida ativa sobre a vida contemplativa, isto é, à *práxis* sobre a *teoría*, e a exaltação da atividade humana transformadora da natureza.³³ Em outras palavras, o ideal de realização do homem moderno pode ser sintetizado no que Hannah Arendt, na esteira de Max Scheler, chamou de *homo faber*.³⁴

33 VAZ, Henrique C. de Lima. *Antropologia filosófica*. v. 2. São Paulo: Loyola, 1992. p. 165-169.

34 Segundo Hannah Arendt, em tradução livre para o português, “[...] de fato, dentre as notáveis características da modernidade, desde o seu início até os nossos dias, encontramos as típicas atitudes do *homo faber*:

Contemporaneamente, parece difícil dissociar qualquer ideal de realização humana de algum perfil de consumo de massa. Nesse sentido, Bauman vaticina: “Se ‘ser livre’ significa ser capaz de agir pelos próprios desejos e perseguir os objetivos escolhidos, a versão líquida moderna, consumista, da arte da vida pode prometer liberdade para todos, mas a entrega é escassa e seletiva”.³⁵ A força da motivação (no sentido de forma de causalidade, defendido por Schopenhauer) representada pelo mercado de consumo pode ser especialmente sentida quando se está ou se *é colocado para fora* dele. Uma vez mais, recorrendo a Bauman,

Em nossa sociedade de consumidores, o ímpeto de reproduzir o estilo de vida hoje recomendado pelas últimas ofertas de mercado e elogiado por porta-vozes contratados e voluntários desses mesmos mercados (e, por conseguinte, a compulsão para se revisar de modo perpétuo a identidade e a persona pública) não são mais associados à coerção externa (e, assim, ofensiva e aborrecida); esse ímpeto tende a ser percebido, em vez disso, como mais uma manifestação e mais uma prova da liberdade pessoal. É apenas quando se tenta renunciar e se retirar dessa caçada em busca de uma identidade que se mostra evasiva, sempre incompleta — ou quando se é rejeitado e afugentado da caçada (cenário verdadeiramente horripilante), ou quando se tem a admissão recusada *a priori* —, que se aprende quão poderosas são as forças que administram a pista de corridas, que guardam as entradas e mantêm os maratonistas em ação; apenas aí se entenderá quão severo é o castigo impingido aos desafortunados e insubordinados. Esse caso é muito bem conhecido de todos aqueles que, por falta de conta bancária e cartão de crédito, não podem pagar o preço do ingresso no estádio. Para muitos outros, tudo isso pode ser intuído das premonições sombrias que os assombram à noite, depois de um longo dia de compras — ou das advertências que chegam quando suas contas bancárias entram no vermelho e seu crédito disponível chega a zero.³⁶

Todo esse contexto, naturalmente, não passou despercebido pelos juristas e pelo legislador pátrio. A promulgação da Constituição Federal, em 1988, a edição

sua instrumentalização do mundo, sua crença nas ferramentas e produtividade do produtor de objetos artificiais; sua confiança no completo alcance da categoria das relações meio-fim, sua convicção de que qualquer problema pode ser solucionado e toda motivação humana reduzida ao princípio da utilidade; sua soberania, que considera todas as coisas materiais e pensa toda a natureza como ‘um imenso tecido do qual podemos cortar qualquer coisa que quisermos para recosturar como queiramos’; sua equação de inteligência com ingenuidade, isto é, seu contentamento com qualquer pensamento que não possa ser considerado ‘o primeiro passo... para a produção de objetos artificiais, particularmente de ferramentas de fazer ferramentas, e variar sua fabricação indefinidamente’; finalmente, sua espontânea identificação da fabricação com ação.” (ARENDR, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958. p. 305-306).

35 BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 144.

36 Idem, p. 142.

do Código de Defesa do Consumidor, em 1990 e do Código Civil Brasileiro, em 2002, procuram reforçar a proteção do indivíduo, claramente hipossuficiente nas relações de consumo, especialmente de massa. Tal proteção, em sede constitucional, replicada infraconstitucionalmente pelo diploma juscivilístico, procura condicionar a validade dos negócios jurídicos (e, portanto, do campo de atuação da autonomia privada) ao atendimento de uma função social, indefinida a priori mas definível em cada caso concreto, reconduzindo, assim, os limites do exercício da autonomia privada a uma espécie de controle social, a ser exercido, em regra, a posteriori pela via judicial.

Parece não haver dúvida de que se trata de uma limitação, imposta pelo Estado, à autonomia privada. Parece ser, também, ainda que de forma não declarada, o reconhecimento do esgotamento da concepção moderna de liberdade, embora ainda seja muito cedo para se fazer uma tal afirmação de maneira conclusiva.

Em todo caso, a imposição de limites à autonomia privada parece ser, ao menos por ora, um mal necessário, um meio de reequilibrar dois valores indispensáveis à vida em sociedade: liberdade e segurança.³⁷ Isso não significa, contudo, que essa seja uma solução definitiva e, muito menos, infensa a questionamentos.

A imposição, pelo Estado, de limites à autonomia privada ressuscita uma velha controvérsia, tão antiga quanto a própria discussão moderna sobre a liberdade: quais são os limites de uma legítima intervenção do Estado e da sociedade na vida individual? Quais são as fronteiras que delimitam o espaço público, o espaço social e o espaço privado? A resposta dos modernos culminou na formação do Estado liberal (liberdade e igualdade); no atual contexto, a resposta parece pender para o terceiro pilar do mote iluminista: *fraternidade*. Assim,

O propósito do Estado social na sociedade de consumidores, assim como na sociedade de produtores, é defender a sociedade contra o “dano colateral” que o princípio guia da vida causaria

37 O problema da conciliação entre liberdade e segurança foi originalmente colocado por FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 48 et seq. Sobre esse problema, aduz Bauman: “[...] Em menos de um século, o contínuo progresso em direção à liberdade individual de expressão e escolha alcançou um ponto no qual o preço pago por esse progresso, a perda de segurança, começou a ser visto por um número cada vez maior de indivíduos liberados (ou indivíduos deixados soltos, sem que lhes perguntassem se queriam isso) como algo exorbitante, insustentável, inaceitável. O riscos envolvidos na individualização e na privatização da busca pela felicidade, unidos ao gradual mas regular desmantelamento das redes de segurança societalmente projetadas, construídas e mantidas, e das garantias societalmente endossadas contra o infortúnio, provaram-se algo enorme; e a aterrorizante incerteza daí resultante, um verdadeiro fantasma. O valor chamado ‘segurança’ é aquele que empurra a liberdade para fora. Uma vida imbuída de um pouco mais de certeza e segurança, ainda que compensada por uma liberdade de alguma maneira menos pessoal, de repente ganhou em poder de atração e sedução” (BAUMAN, Zigmunt, op. cit., p. 123-124).

caso não fosse monitorado, controlado e constrangido. Esse Estado foi indicado para proteger a sociedade da multiplicação de filiais de “vítimas colaterais” do consumismo — os excluídos, os desterrados, as subclasses. Sua tarefa é resguardar a solidariedade humana da erosão e proteger o sentimento de responsabilidade ético do desvanecimento.³⁸

Do exposto pode-se perceber que a proteção do indivíduo representa um meio para a proteção e manutenção da sociedade de consumo. Em outras palavras, a imposição de limites à autonomia privada não é um fim em si mesmo, mas um meio para se evitar consequências sociais mais desastrosas. Poder-se-ia argumentar que utilizar o ser humano como meio e não como um fim em si mesmo afronta a noção kantiana de dignidade, tão cara ao discurso do neoconstitucionalismo e a toda a contemporânea construção da teoria dos direitos. Não haveria, aí, uma contradição em termos? A questão é intrigante, mas enfrentá-la colocá-los-ia em outro terreno e extrapolaria, em muito, os limites propostos para o presente trabalho.

5. (IN)CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou explorar o problema da autonomia privada na perspectiva do debate filosófico acerca da liberdade de fato.

Nesse sentido, discorreu sobre a revolução promovida pelo pensamento cartesiano que, separando ontologicamente o corpo do espírito, plantou as bases para o desenvolvimento de um paradigma racionalista que afirmou a primazia da razão sobre a experiência sensível, capaz de romper os vínculos naturais de causalidade e libertar completamente o homem de qualquer forma de determinismo da vontade.

Pressupondo, portanto, a plena liberdade de fato (livre-arbítrio, ou a liberdade para escolher o que se quer querer) do homem, o direito privado moderno se estruturou a partir do princípio da autonomia da vontade e da busca, por meio do Estado de Direito, da garantia da plena liberdade de direito ao indivíduo para a realização de seus projetos individuais, com a mínima intervenção estatal ou da sociedade nos negócios privados.

Ocorre que, conforme se argumentou, a separação ontológica entre corpo e espírito e a plena liberdade de escolha do ser humano não são ideias inquestionadas no edifício das concepções filosóficas e, numa sociedade capitalista de consumo de massa, a exacerbada valorização da autonomia privada pode ter

38 BAUMAN, Zigmunt, op. cit., p. 148.

consequências nefandas, tanto para os indivíduos, quanto para a sociedade como um todo.

Por essa razão, parte dos Estados capitalistas ocidentais, dentre os quais o Brasil, vêm adotando medidas no sentido de limitar a autonomia privada, atrelando a validade dos negócios jurídicos à realização de uma função social (embora venham sendo adotadas outras formas de limitação da autonomia privada que não dizem respeito diretamente ao *negócio jurídico*).

Ainda é cedo para afirmar que seja esta a melhor medida, vez que traz à tona, novamente, a questão moderna dos limites da legítima intervenção do Estado nos negócios privados. Entretanto, não se pode deixar de considerar que vive-se, hoje, numa sociedade de consumo em escala global que, não raramente, coisifica a própria vontade humana e adota, através dos meios de comunicação de massa e das ferramentas de gestão e *marketing*, estratégias voltadas para o estímulo ao consumo desenfreado e compulsivo, contrariando a própria principiologia moral categorialista de Kant, que embasa filosoficamente os sistemas jurídicos contemporâneos, fundados no princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

Logo, a despeito de tratar-se, claramente, de uma discussão sobre o respeito à dignidade humana, o problema da limitação da autonomia privada tem servido muito mais para a própria manutenção do *status quo* das sociedades capitalistas contemporâneas por meio da eliminação ou minoração dos efeitos colaterais da sociedade de consumo, do que à efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Um mal necessário, talvez. Ou não.

6. REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- DESCARTES, René. *Regulae ad directionem ingenii*. Texto original publicado em 1628 disponível em: <<http://www.ac-nice.fr/philo/textes/Descartes-Regulae.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- _____. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercados e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 4, t. I. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRONDONA, Mariano. *Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick*. São Paulo: Mandarim, 2000.
- HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MILL, John Stuart. *A liberdade / Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOVAES, Adauto (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras 2002.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre-arbítrio*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Antropologia filosófica*. v. 1. 9.ed. São Paulo: Loyola, 2009.
- _____. *Antropologia filosófica*. v. 2. São Paulo: Loyola, 1992.

CAPÍTULO VIII

**AUTONOMIA PRIVADA E SUA RELATIVIZAÇÃO
EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Diogo de Calasans Melo Andrade¹

SUMÁRIO: 1. Histórico do Estado Moderno e o surgimento da Propriedade — 2. Conceito de Constituição, Constitucionalismo, Direito Constitucional, Poder Constituinte e Mutação Constitucional — 3. Constitucionalização do Direito — 4. Constitucionalização da Propriedade e sua Função Social — 5. Conclusão — 6. Referências.

**1. HISTÓRICO DO ESTADO MODERNO
E O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE**

Inicialmente faz-se necessário realizarmos uma pesquisa histórica sobre as teorias do Estado moderno e, para isso, vamos analisar alguns aspectos relevantes sobre as principais personalidades da época e suas obras.

O primeiro é Maquiavel, que morou na Itália na época do renascimento e pregava que os fins justificavam os meios, como também defendia os atos de força. Ficava entre a virtude e a fortuna e sua principal obra foi “O Príncipe”. Comentado Maquiavel, Soares (2001, p. 85-88 apud VERDÚ, 1972:283, v.I) assim explica:

.... apresenta-se como primeiro cientista político a desenvolver o conceito político de Estado.

....

Essas bases antropológicas da concepção maquiavélica explicam seu ceticismo em relação às possibilidades de permanência das repúblicas e sua esperança em um príncipe audaz, energético, dotado de virtude, protegido pela fortuna, que possa liberar a Itália e seus invasores. (grifo do autor).

O segundo não menos importante autor foi Bodin, que era francês e foi considerado o pai da ciência política, com a teoria da soberania, calvinista, que acreditava no Estado absolutista, com o poder monarca de origem divina. Para

¹ Especialista em Direito Civil; Mestrando em direito da UFS; Advogado e professor. www.diogocalasans.com.

ele a propriedade privada era inalienável e tinha o apoio da burguesia, pois necessitava proteger a propriedade. É como esclarece Soares (2001, p. 89-90): “*A soberania absoluta devia ser compreendida como poder supremo, juridicamente ilimitado sobre cidadãos e súditos*”.

O terceiro foi Hobbes que criou a figura do “Leviathan”, como sendo um monstro representando o Estado, pregando o poder coercitivo e a possibilidade de legitimar a submissão a um novo soberano. Ele traz a função social do Estado, de acordo com a opinião de Soares (2001, p. 92, apud HELLER, 1968:37): “*A função social imanente do estado é utilizada por HOBBS para fundamentar diversos preceitos do Direito Natural e, em consequência, atribuir-lhe uma origem político-sociológica*”.

Mais adiante o mesmo autor denominou a propriedade e afirmou que todas as terras devem ser controladas pelo soberano, é o que comenta Soares (2001, p. 97):

É inerente ao poder soberano julgar quais as opiniões e doutrinas são adversas ou propícias à paz, bem como prescrever as regras em virtude das quais cada súdito pode saber quais os bens de que desfrutará e quais ações que poderá praticar sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos, i. e, o que se denomina propriedade. ... Para HOBBS todas as terras e bens devem ser controlados pelo soberano.

O quarto é Locke, sendo inglês e ideológico do liberalismo, trouxe o poder civil da comunidade. Sua doutrina tem como base a idéia hobbesiana de função social do Estado, pretendendo explicar o surgimento histórico do aparato estatal. Em sua obra escreve mais uma vez sobre a propriedade afirmando que o objetivo da comunidade civil é o gozo pacífico da propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor, como reconhece Soares (2001, p. 102):

Em relação ao direito de propriedade, recorda LOCKE que no estado de natureza o homem usufrui muitos direitos, mas o gozo deles é precário e constantemente exposto às invasões de outros. Por isso, o objetivo principal e capital da união de homens na comunidade civil e de sua submissão a governos é o gozo pacífico e seguro da propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor.

Mais adiante, na mesma obra afirma que o direito de propriedade é inerente ao homem e corolário da liberdade e que a proteção ao direito de propriedade se dava com o voto, que somente era possível para os proprietários, esse é o entendimento de Soares (2001, p. 105 apud KRIELE, 1980:285).

Infere-se daí que LOCKE, consoante o liberalismo constitucional, percebeu a necessidade de justificar, sob o império das leis e de

uma incipiente separação dos poderes, o direito de propriedade como algo inerente à essência do homem e corolário da liberdade dos cidadãos ingleses, colocando as instituições políticas a serviço da liberdade-autonomia dos indivíduos. A proteção ao direito de propriedade, na concepção de LOCKE, não se realizava mediante os direitos fundamentais, mas a partir do direito ao voto, adstrito tão-somente aos proprietários

Já Bertan (2009, p. 28 apud LOCKE 1999, p. 30) também escreve sobre Locke vinculando a propriedade privada ao trabalho e a expropriação ao direito natural:

Vejam que não existe propriedade privada sem o trabalho humano que a legítima. No nosso entendimento, ela, segundo Locke, não pode ser adquirida através de carta real, ou pela aquisição monetária, ou pela transmissão hereditária, sem que tais procedimentos sejam precedidos pela ocupação da terra em estado natural, quando ainda não é de ninguém individualmente, mas pertence a todos: *“ninguém possui originalmente o domínio privado de uma parte qualquer, excluindo-se o resto da humanidade, enquanto estes bens se apresentam em estado natural.”* (grifo do autor)

...

Locke acredita que a lei de expropriação pelo trabalho faz parte do direito natural e como tal permanece sempre em vigor. Outra exigência é a de que não haja desperdício.

Mais adiante o mesmo autor Bertan (2009, p. 31) sintetiza as idéias de Locke comentando sobre a sociedade civil e a legitimação da propriedade privada:

Devemos, considerar que Locke prega a igualdade material entre os homens, defende uma constante preocupação para com os demais membros de sua comunidade, faz apologia da sociedade civil Diante de tais circunstâncias, cremos que a vedação à expropriação ampliada e o uso da moeda para tais fins se coadunam melhor com o todo da obra, numa construção harmônica e unitária. Afastamos assim a tese de que o não-disperdício é o único requisito da expropriação e reputamos tal matriz como insuficiente para a legitimação da propriedade privada.

O quinto foi Montesquieu, político, escritor e filósofo francês que com sua obra “O Espírito das Leis” e seu sistema de freios e contrapesos na separação de funções, afirmou que o Estado é subdividido em três poderes: executivo, legislativo e judicial. Sua grande contribuição foi, segundo Soares (2001, p. 111), a teoria da separação dos poderes:

O grande contributo de MONTESQUIEU à Teoria do Estado é a teoria sobre a separação dos poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciais, acopladas a um sistema de freios e contrapesos, que se tornou dogma do constitucionalismo demoliberal,

influenciando, principalmente, as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.

O sexto e último que vamos comentar nesse tópico é Rousseau que argumentava a vontade geral como expressão das leis e essa vontade como sendo soberana do Estado, repudiava toda forma de governo representativo e parlamentar, como o inglês. Sua obra foi “O Contrato Social”. Trouxe também a origem da civilização e a propriedade como infelicidade humana, como adverte Soares (2001, p. 112):

ROSSEAU demonstra, em seu *Discours sur l'origine*, mediante hipóteses, a origem da civilização, que apresenta como uma degeneração do estado da natureza. “o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou de dizer: *Isto é meu!* E encontrou pessoas bastantes simples para crê-lo, foi o fundador da sociedade civil, assente na propriedade privada e, portanto, causador do início da infelicidade humana... A propriedade privada acoplou-se a propriedade política; e assim, pelo fato de certas paixões terem prevalecido, um regime artificial de desigualdades colocou os homens em uma relação de mútua dependência, contrária aos princípios naturais de seu modo de ser. (grifo do autor)

De mais a mais, Soares (2001, p. 126-127) afirma que naquela época o voto censitário era vinculado à propriedade privada:

Para VIÑAS a idéia de liberalismo está historicamente vinculada ao direito à propriedade e ao afã de lucro. ... A cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, assente na teoria dos direitos individuais, sustentava-se no voto censitário, entronizando a propriedade privada, em sua qualidade de convenção social, como alicerce teórico da liberdade almejada.

E conclui Soares (2001, 270) sobre a propriedade ilimitada de Locke e propriedade racionalizada de Rousseau:

Em sua obra, LOCKE preconiza a legitimação da propriedade ilimitada e da acumulação do capital com o código moral tradicional: todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, a esta ninguém tem qualquer direito e não ser ele mesmo. ... ROUSSEAU elaborou o complexo conceito de vontade geral, em *Du Contrat Social*, racionalizando o reconhecimento dos direitos de propriedade e do governo civil, respaldado nas concepções jusnaturalistas.

Assim, percebe-se que vários autores interpretaram a propriedade privada de diferentes maneiras, desde o início da civilização até os tempos atuais. Logo em seguida, faremos uma pequena diferenciação sobre os conceitos relacionados à constituição para que possamos entender a constitucionalização do direito, da propriedade e sua função social.

2. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO, DIREITO CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUINTE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para extrairmos o conceito de constituição faz-se necessário utilizar das obras de Lassalle e Hesse, além das atuais e modernas doutrinas de direito constitucional. Para Lassalle o conceito de constituição está ligado à fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucional, é uma lei fundamental do Estado, é a soma dos fatores reais do poder que regem um país (2012, p. 18): *“Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”*.

Para ele, de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. E Lassalle (2012, p. 57) adverte:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

De mais a mais, a doutrina traz o conceito de constituição de Hesse (1991, p.12) vinculando ao ser e dever ser, além dos reflexos das condições fáticas, sociais e políticas:

O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

.....

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas.

....

Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (1991, p. 12, 15 e 18).

Para o autor a constituição está vinculada à realidade histórica e nenhum poder do mundo, nem mesmo a constituição pode mudar as condicionantes naturais.

Hesse critica Lassalle quando afirma que a constituição não significa simples pedaço de papel, pois não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, todavia, não está condicionada por essa realidade.

Por outro lado, Canotilho (2007, p.101) conceitua constituição dessa forma: *“Referiu-se atrás o conceito de constituição da época moderna no sentido de ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”*. Para ele, a constituição é uma norma política, consubstanciada em um documento escrito.

Já Barroso (2010, p. 369) entende que constituição *“é a norma fundamental e superior, que cria ou refunda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes”*.

Além do importante conceito de constituição, traçaremos também outros conceitos correlatos com o tema constitucionalização, mas não menos importantes como o constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional.

O constitucionalismo tem relação com o Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Conforme ensina Canotilho (2007, p.45): *“é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”*

Por outro lado, o direito constitucional é o ramo de direito público e não privado, sobre esse direito explica Hesse (1991, 27):

Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

Já o poder constituinte é aquele que elabora e impõe uma constituição, e está acima do poder constituído que é por ele instituído e limitado. Conforme ensinamentos de Canotilho (2007, p. 59) o poder constituinte: *“se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”*.

De mais a mais, bem explica Barroso (2010, p. 397) o significado de mutação constitucional:

Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da constituição,

sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional se realiza por meio de interpretação — isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente — ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à constituição.

Para o autor, mutação é a mudança do significado da norma constitucional sem alteração do seu texto, utilizando-se, para isso, da interpretação, dos costumes, das práticas socialmente aceitas para procurar seu sentido. Aqui existe um processo de reinterpretção da constituição sem modificação do texto, como, por exemplo, o conceito de “mulher honesta” trazido pelo código penal antes do advento da lei. nº 11.106/2005, uma vez que sofreu grandes modificações conforme a época e local.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O marco do processo de constitucionalização do direito se deu na Alemanha. Na Itália iniciou-se na década de 60 e confirmou-se na década seguinte. Já na França começou mais tarde e ainda está em processo de afirmação. A constitucionalização no Brasil, Portugal e Espanha deu-se de forma tardia e acompanhou os demais países, com a ideia de expansão da das normas constitucionais, colocando a constituição como centro do ordenamento jurídico. Nossa constituição possui uma supremacia formal, material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios, segundo Barroso (2010, p. 364) esse fenômeno denomina-se filtragem constitucional, senão vejamos:

Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”

...

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força, normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional de todas as normas do sistema.

Para ele, com a filtragem constitucional todo o ordenamento jurídico deve ser lido conforme a Lei Maior. Mais adiante Barroso (2010, p. 400) explica que a constitucionalização se realiza pela interpretação conforme a constituição e, no direito civil, com a elevação dos valores existenciais em detrimento dos direitos patrimoniais:

A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do direito civil, a constitucionalização teve como uma de suas conseqüências a elevação dos valores existenciais, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

De mais a mais, é sabido que normatividade dos princípios constitucionais resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, como entende Oliveira (2010, p. 181):

A valorização da constituição federal, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, assumindo o princípio da dignidade da pessoa humana o papel de novo vetor axiológico de todo o direito.

Essa Constitucionalização do direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. Essas interferências ocorreram no primeiro, histórico, com a passagem do Estado Liberal, para o Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito; no segundo, filosófico, com a aproximação do direito com a ética e o surgimento do pós-positivismo; e no terceiro, teórico, pelo fato da constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional.

É nessa conjuntura que a constitucionalização do direito vem adquirindo mais força e respaldo, com a inserção nas universidades de uma disciplina jurídica chamada de constitucionalização do direito, além de ser aplicado nos ramos de direito civil, penal, administrativo e etc.

A interação da constituição e do direito civil que temos hoje não foi sempre assim, pois passou por várias fases que, em síntese, podemos traçar: a) em princípio, a constituição como carta política e o código civil como documento histórico; b) posteriormente, a publicização do direito privado, onde o Estado interfere nas relações privadas; c) e finalmente a constitucionalização do direito civil, onde a constituição torna-se o centro do ordenamento jurídico.

É o princípio da dignidade que promove uma despatrimonialização e uma repersonalização, ou seja, prevalência da dignidade em relação às relações jurídicas patrimoniais. O instituto da função social da propriedade surgiu nessa segunda fase, como entende Barroso (2010, p. 368) em virtude do dirigismo contratual:

Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do

lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, locatário, o empregado. É a fase do dirigismo, que consolida a publicização.

Já para Canotilho (2007, p. 348) a constitucionalização protege os direitos fundamentais, determinando que tais direitos devem ser interpretados como normas jurídicas vinculantes:

A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculantes e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito. (grifo do autor).

Por outro lado, é quase unânime, salvo nos EUA, que a constituição se aplica às relações privadas, como também, observadas certas condições, as regras prevalecem sobre os princípios como ensina Barroso (2010, p. 395):

Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandato definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

De mais a mais, outros doutrinadores chamam essa releitura do direito constitucional de neoconstitucionalismo, tendo em vista a vinculação do constitucionalismo com a democracia. Esse fenômeno é verificado não só na esfera do poder judiciário, mas também no legislativo e executivo, uma vez que todos os órgãos estatais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, assim como descreve Barroso (2010, p. 353):

Relativamente ao legislativo, a constitucionalização (I) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (II) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (I) limitar-lhe a discricionariedade e (II) impor-lhe deveres de atuação, ainda (III) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do

legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (I) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da verdade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Assim, em relação ao poder judiciário, a constitucionalização verifica-se com o controle de constitucionalidade, e em relação aos particulares, com as limitações aos contratos e a propriedade privada. Após o entendimento da constitucionalização do direito, passaremos para o estudo específico da constitucionalização da propriedade e sua função social.

4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Depois dessas alterações na teoria da constituição, todos os ramos do direito foram modificados, uma vez que a constituição é tida como o centro do nosso ordenamento jurídico haja vista sua força normativa e a sua superioridade, por isso não poderia deixar de influenciar na propriedade privada e em sua função social.

Inicialmente faz necessário entender a etimologia da palavra função social vem da palavra em latim *functio* que é derivada do verbo *fungor* que significa cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, uma finalidade, funcionalizar. A expressão função social foi inserida no direito brasileiro desde 1934, mas o instituto que mais se filiou a ela foi a propriedade.

A constituição federal de 1988 foi a primeira a inserir a função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais e inseriu entre os alicerces de ordem econômica nos arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, art. 182 § 2º e 3º e, por fim, no art. 186. Esses artigos tratam da função social da propriedade urbana e rural, além de determinar as sanções pelo não cumprimento dessa função. De mais a mais, o art. 5º, §1º da constituição atribuiu eficácia plena na conformidade dos direitos fundamentais.

Depois, surgiu o código civil que tratou da função social da propriedade no seu art. 1228, § 1º. O direito civil sofreu grandes mudanças com o código civil de 2002 e uma das principais foi a inserção dos princípios sociais, em especial a função social da propriedade. O código civil de 1916 era individualista e voluntarista, ou seja, o valor fundamental era o patrimônio pois naquela época o direito público não interferia no direito privado.

Assim, aos poucos, foi acabando a ideia do civilista liberal, para dar lugar à finalidade coletiva. Hoje, é preciso reler o código civil à luz da constituição federal

de 1988, para que possamos dar um conteúdo de maior eficácia às normas de direito privado. É isso que prega a teoria do direito civil constitucional onde afirma que a constituição, por ser uma norma hierarquicamente superior a todas as leis, possui valores que devem ser observados por todos os ramos do direito e, em especial, pelo direito civil e a propriedade.

Assim, a função social que nasceu na constituição federal de 1988 foi transportada para o código civil, especialmente para a propriedade, originando, assim, a função social da propriedade no código civil. Esse novo instituto do direito civil, com fundamento constitucional, modificou os princípios anteriores do código civil de 1916 relacionados à propriedade, por trazer novas regras de aplicação e interpretação de cunho social.

Com as mudanças acima citadas no direito privado, devemos dar outro tipo de interpretação à função social da propriedade, não mais analisando apenas pela ótica do indivíduo, mas sim o interesse social, realizando uma interpretação constitucional, ou seja, fazendo emergir a mutação constitucional.

No meio acadêmico a escola civil constitucional iniciou a partir de Maria Celina Bodin de Moraes e depois por diversos autores como, por exemplo, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Sobre essa constitucionalização do direito civil vejamos o que explica Lôbo (1999, [s.p.]):

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Para o autor, foi com a constitucionalização do direito civil que o Estado liberal passou a ser chamado de social. Assim, o código civil passou a ser interpretado conforme as demandas sociais e econômicas da atualidade, senão vejamos o que diz Tepedino (2001, p. 21):

Muito ao contrário, a perspectiva civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

O instituto aqui estudado deixou de ser absoluto, individual, para ter um cunho social, pois a propriedade não pode beneficiar apenas o proprietário, mas sim a todos. Isso é o que prega Lôbo (1999, [s.p.]) quando leciona sobre a função social da propriedade:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 281) a função social não se confunde com os sistemas de limitação à propriedade: *“A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitações da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquele, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”*.

No mesmo trilhar de idéias, Gama (2008, p. 51) entende que a função social como limitação à propriedade é incorreta, pois a função social é a propriedade:

A idéia da função social como uma limitação à propriedade, portanto, não deve ser reconhecida como correta. Hoje, com base na Constituição, deve-se reconhecer que a função social integra a propriedade; a função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. E, uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade esta esvaziado.

Para ele, a função social integra a propriedade, pois a função é da propriedade e não algo exterior. Para Morais (1991, p.70) a função social da propriedade não permite o proprietário usar e abusar do bem, *in verbis*:

Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para a reconstrução do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

Com outro olhar, Barros (2004, p. 43) analisa a função social da propriedade na cadeia produtiva para o bem da coletividade:

A propriedade com função social se justifica pelos objetivos a que se propõe, dentro da cadeia de produção, pois muito embora se saiba que a propriedade sempre foi a base da produção capitalista tradicional, com a função social, ela atinge outro patamar de eficiência e de utilização, antagônico àquele que sempre lhe fora destinado. Ou seja, a função social compõe-se enquanto elemento

diferenciador que insere a propriedade na cadeia produtiva, com toda a otimização, para o bem da coletividade.

Já Pinheiro (2005, p. 97) afirma que não há direito que não seja social e a propriedade, conforme a função social, não fica restrita, mas o que se proíbe é o uso indevido da propriedade:

Não há direito que não seja social e não há instituto jurídico que não esteja permeado por uma função social objetiva.

....

Por exemplo, a função social da propriedade, esculpida em nossa Constituição no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, não é uma restrição à propriedade, e sim ao seu uso indevido.

Assim, percebe-se que a propriedade é um direito e garantia fundamental, inserido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, que tem como espécie a moradia que, para Jacintho (2009, p.145), é um componente do direito à dignidade, senão vejamos:

Os dois últimos componentes do direito à dignidade da pessoa humana dizem respeito à moradia e à alimentação; o primeiro, prescrito no *caput* do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, e o segundo, na Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, já citado. Em ambos os direitos, preconizados como regra, a prestação estatal que se espera é no sentido de serem criados meios para o exercício desses direitos, seja, pela não-intervenção estatal, seja pela criação de programas e ações governamentais, tais como abertura de linhas de crédito, mutirões.

Por isso, percebemos que a função social da propriedade, de todos os institutos privados, foi o que mais sofreu influência dos princípios constitucionais sociais, trazendo com isso, regras de caráter social a propriedade, determinando que não só o interesse do indivíduo deve ser levado em conta, mas, principalmente, o da coletividade, ou seja, a propriedade, pois, hoje em dia, deve ser utilizada não apenas para favorecer o proprietário, mas para o bem comum.

Mas não foi só no Brasil, mas em diversos ordenamentos jurídicos, que a propriedade tem um caráter social, senão veja-se o que explica Comparato (2008, p. 66): “*É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social.*”

Diferente não é o que a declaração universal dos direitos humanos de 1948 quando se refere a propriedade, em seu artigo XVII: “*1. Todo homem tem direito a propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*”

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também se referiu a propriedade quando em seu artigo 11, 2, a assim determinou:

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: 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 utilização mais eficazes dos recursos naturais.

Comentando o citado artigo Comparato (2008, p. 335) assim leciona: “*No entanto, o direito contemporâneo passou a reconhecer, excepcionalmente, uma função social da propriedade, isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens, em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo.*”

Apesar do pacto de 1966 não conter nenhuma disposição específica sobre a função social da propriedade, a convenção americana de direitos humanos de 1969 estabelece, nitidamente, o dever fundamental do proprietário de dar aos seus bens destinação conforme o interesse social, vejamos o artigo 21:

Direito à propriedade privada.

§1º Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A Lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

§2º Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e formas estabelecidos em lei.

Assim, foi com a convenção de 1969 que a função social foi inserida na propriedade e todos os países signatários tiveram que inserir, posteriormente, em suas legislações, tal instituto, como foi o caso do Brasil na constituição federal de 1988. Em outra obra, Tepedido (2008, p. 368) afirma qual o fundamento da função social, *in verbis*:

Ao revés, a perspectiva funcional dos fatos jurídicos, que fundamenta a função social do contrato e da propriedade, leva em conta a circunstância de que o ordenamento é formado por um conjunto de princípios, não já de um princípio único, o qual deve ser sempre examinado e levado em conta no momento da aplicação do direito.

Pelo exposto, percebe-se que antes mesmo da constituição federal de 1988 e do código civil de 2002, já existia na doutrina brasileira e nos tratados e convenções internacionais regras que determinavam que a propriedade deveria atender a sua

função social e esse instituto constitucional foi inserido no código civil determinando uma releitura da propriedade pelos operadores do direito, utilizando, para isso, a teoria do direito civil constitucional.

5. CONCLUSÃO

Percebemos que a constitucionalização do direito e, conseqüentemente, da propriedade, decorreu das mudanças históricas, filosóficas e teóricas que deram à constituição federal força normativa, com superioridade e efetividade, fazendo com que a sua interpretação se irradiasse por todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial para o direito civil e a propriedade. Essa incorporação dos princípios e da hermenêutica constitucional à propriedade, por ser o centro do ordenamento jurídico, traz como consequência, a garantia dos direitos fundamentais, em especial, a função social da propriedade.

Assim, percebe-se que a propriedade e sua função social fundamentados nos princípios constitucionais, é um meio de concretização dos direitos fundamentais e serve de limite para os abusos àquelas propriedades que não atendem a sua função social. Por isso que a constitucionalização da propriedade é peça chave para o julgador e todos os operadores do direito realizarem uma releitura do instituto propriedade, tendo em vista que terá que atender essa função social, com o objetivo de garantir a efetividade e a concretização desse importante direito fundamental e, por conseguinte, contribuir para a Democracia.

6. REFERÊNCIAS

- BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes*. Lumen Juris, 2004.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288-342
- BERTAN, José Neure. *Propriedade privada e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.
- BRASIL. *Código Civil (2002)*. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. Saraiva, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

- _____. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Função Social no Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS João Bosco. *Monografia no Curso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JACINTHO, Maria Moreno Jussara. *Dignidade Humana — Princípio Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 13 set. 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Almedina Brasil, 2007.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil*. Almedina Brasil, 2008.
- MORAIS, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAIS, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n 1, v. 2, jul./dez. 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p. 59-73.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato — Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINHEIRO, Castelar Armando; SADDI Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Elsevier, 2005.
- ROSENVALD, Nelson. *A função Social do Contrato*. São Paulo: Método, 2008.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. Cortez.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 52. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

