



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

**Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB**

2

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.1, n.1, (jul./dez.2016) - Brasília: IESB, 2016.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: [iesb.br/revistadedireito/](http://iesb.br/revistadedireito/)

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

**SUMÁRIO**

**A INFLUÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

*Augusto César Leite de Carvalho*

**EL DERECHO COOPERATIVO CHILENO: ESTADO DE LA CUESTIÓN**

*Jaime Alcalde Silva (Chile)*

**A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS NO ÂMBITO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Douglas Alencar Rodrigues*

**MERCADO Y EMPRESA ANTE EL DERECHO MERCANTIL (APUNTES PROVISIONALES EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA).**

*José Miguel Embid Irujo (Chile)*

**DIREITOS FUNDAMENTAIS X LIVRE INICIATIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES INTELLECTUAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, EM SINTONIA COM AS EXIGÊNCIAS DA LIVRE INICIATIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES RESOLUTÓRIAS DAS TENSÕES RESPECTIVAS NO AMBIENTE DE TRABALHO.**

*Alexandre Agra Belmonte*

**RELAÇÕES DE TRABALHO E ATUAÇÃO DOS SINDICATOS**

*Ulisses Borges de Resende*

**OS DIREITOS SOCIAIS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO**

*Douglas Antônio Rocha Pinheiro*

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: AUTORREGULAÇÃO, DEMOCRATIZAÇÃO DO EMPREENDEDORISMO E QUEBRA DE PRIVILÉGIOS MONOPOLÍSTICOS CONCEDIDOS OU TITULARIZADOS PELO ESTADO**

*André Luiz Santa Cruz Ramos*

**OS IMPACTOS DA POLÍTICA DO DUPLO DIVIDENDO TRIBUTÁRIO NO MERCADO DE TRABALHO: A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E AS PERSPECTIVAS BRASILEIRAS.**

*Douglas Henrique Marin dos Santos*

**DELIMITANDO DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS**

*Diogo Palau Flores dos Santos; Paulo José Leite Farias*

**A INFLUÊNCIA DOS SIGNIFICADOS ANDROCÊNTRICOS NOS PROCESSOS JUDICIAIS TRABALHISTAS**

---

*Any Ávila Assunção*

**HERANÇA IBÉRICA - CIDADANIA E RELAÇÕES DE TRABALHO**

---

*Leandro do Nascimento Rodrigues; Martin Adamec.*

**CONTRIBUIÇÕES LOCKIANAS NA FORMAÇÃO DAS LIBERDADES CIVIS**

---

*Rafael Eron da Silva Soares; Miguel Ivân Mendonça Carneiro*

## A INFLUÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; professor de Direito do Trabalho do IESB, professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB) em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do mestrado da Universidade Autónoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

5

**Resumo:** Trata das regras do novo Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho que aproximam o sistema processual brasileiro do modelo *stare decisis* que é característico do sistema *common law*.

**Palavras-chave:** precedente – *stare decisis* – *common law* – novo CPC – processo do trabalho

**Abstract:** The present work deals with the rules of the new Code of Civil Procedure and the Consolidation of Labor Laws (CLT), which bring the Brazilian civil procedural system closer to the *stare decisis* model, a typical feature of the *common law* system.

### 1. A realidade dos processos na Justiça do Trabalho

Entre tantas mudanças trazidas com o novo Código de Processo Civil, destacam-se aquelas que dizem sobre a admissibilidade de recursos ordinários e extraordinários, quer pela clara aproximação do sistema de precedentes que caracteriza o *common law*, quer pela estratégia de acrescer à forma de interposição a exigência de que se indiquem pormenorizadamente os tópicos recursais, o seu prequestionamento e a base normativa ou jurisprudencial da pretensão deduzida em recurso, com o escopo de promover a dialetização e a dinamização da atividade jurisdicional nos tribunais.

Não se sabe ao certo se o remédio será o adequado para a enfermidade, mas não se pode ter dúvida quanto à existência de um sistema enfermo que reclamava alguma profilaxia. As razões de ordem quantitativa são expressivas e estão contempladas em relatórios disponíveis nas páginas virtuais do CNJ (relatório Justiça em Números<sup>i</sup>) e do TST (Movimentação Processual – Série Atual<sup>ii</sup>):

- a) enquanto as varas do trabalho julgaram 2.371.312 processos em 2014, os tribunais regionais julgaram 771.743 processos e o tribunal superior julgou 256.114 processos nesse mesmo ano;
- b) per capita, a pirâmide se inverte: cada juiz de primeiro grau julgou em média 1.148 processos em 2014 (4,4/dia), cada desembargador julgou em média 1.434 processos (5,5/dia) e cada ministro julgou em média 9.436 processos (36/dia);
- c) das sentenças proferidas em primeiro grau, 69,2% foram objeto de recurso ordinário que transferiu a solução da lide para o TRT correspondente;
- d) dos acórdãos proferidos pelos tribunais regionais, 72,8% geraram recursos de revista que transferiram a solução da lide para o TST;
- e) em 2014, 77,2% das decisões denegatórias de recursos de revista foram objeto de agravos de instrumento para apreciação do TST;
- f) mais de 80% dos recursos que chegam ao TST se apresentam como agravos de instrumento purosiii;
- g) em média, 91,38%% dos agravos de instrumento são desprovidos pelo TST, mantendo-se incólume a decisão exarada em instância ordinária<sup>iv</sup>.

Os números revelam que há uma enorme concentração de poder nas mãos dos ministros do TST, pois é expressiva a parte percentual dos processos que lhes cabe decidir, mas os números igualmente revelam que a quase totalidade dos processos que acessam o TST estão em consonância com a jurisprudência por ele sedimentada e por isso as decisões dos tribunais regionais não se modificam na instância extraordinária. Se é assim, por que esses processos transitam até a mais alta jurisdição trabalhista?

Outro aspecto interessante e correlacionado: a quantidade de agravos de instrumento, sobretudo em comparação com a de outros recursos, e o insucesso dos agravantes na quase totalidade dos casos, retratam a consonância entre os julgamentos proferidos em todos os graus de jurisdição. É de se perguntar uma vez mais: se é assim, por que esses processos percorrem todas as instâncias e sobem à apreciação do TST?

Parece lógico que o problema não reside na pluralidade de ideias e valores que servem de fundamentação a diferentes decisões de juízes diferentes, embora essa diversidade exista e enriqueça a atividade judicial, fazendo-a coerente com a extensão de nosso território, com a heterogeneidade de nossa gente, com a variedade de nossa cultura. O problema está nos estímulos que o atual sistema recursal oferece à recorribilidade graciosa, inconsequente, anódina, a qual congestionava o tempo de magistrados que

deveriam estar desatrelados de obrigações estatísticas e concentrados na missão de definir teses, ou modelos hermenêuticos de alcance transcendente.

Tais estímulos à recorribilidade podiam, há algum tempo, ser identificados e entre eles enumeraríamos: a) o desprestígio dos elementos de distinção – de fato ou de direito – que eram percebidos pelos juízes de primeiro grau e não impediam que recursos fossem interpostos com vistas à adoção de tese em nível de abstração que desconsiderava essas particularidades do caso concreto; b) o desprestígio da jurisprudência regional, alusiva a aspectos da realidade próprios de certo estado da Federação, ante a inexistência de mecanismos processuais que promovessem, com eficiência, a uniformização da jurisprudência no âmbito de cada região jurisdicional; c) o desprestígio, frente às partes, da jurisprudência assentada pelo TST, dado que inexistiam fórmulas impeditivas da admissibilidade de recursos, sobretudo de agravos de instrumento, aforados contra a orientação jurisprudencial antes consolidada.

Cabe verificar em que medida as reformas trazidas com a Lei 13.105/2015 e com o novo CPC (Lei 13.105/2015) contribuem para inibir a sanha recursal e imunizar a jurisprudência regional ou nacional já uniformizada.

## 2. Aproximação do *stare decisis versus* independência funcional do juiz

Não há, propriamente, uma mudança de paradigma ideológico quando se atribui aos órgãos colegiados de jurisdição a tarefa de definir a jurisprudência a ser seguida por ele e pelos demais juízes. A uniformização da jurisprudência é da tradição e da lógica do nosso modelo processual, conforme explicava Barbosa Moreira em tempo no qual a novidade era o CPC de 1973:

A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por diversas circunstâncias. Mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal. [...]

Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a

espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional.

Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes, e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente, fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão (MOREIRA, 1976, p. 13)

Caso recorrêssemos a algum pragmatismo jurídico, poderíamos sublinhar, inclusive, que a autonomia funcional do juiz deveria remeter à força de sua decisão, mais que à vaidade de expor razões que seriam somente suas; e deveria remeter igualmente à independência do ato de decidir sem apego a influências externas, mais que à prerrogativa de decidir com base apenas em certa visão de mundo. Os motivos são simples: o juízo de primeiro grau resulta debilitado, porque assume papel residual, se em 69,2% dos processos a seu cargo a solução da controvérsia é transferida para o segundo grau de jurisdição, que igualmente se debilita quando tem 72,8% de suas decisões submetidas ao crivo do TST; por outro lado, a propósito do modo como o magistrado vê a realidade, e pretensiosamente almeja que todos a vejam, haverá sempre uma matriz normativa – formada pelas normas constitucionais e tantas leis – a limitar a atividade jurisdicional. A rebeldia contra a jurisprudência consolidada, ao tempo em que se reverencia a ordem legal, não parece condizente com o esforço de valorizar o papel social do juiz – e os interesses egoístas de algum juiz são irrelevantes na procura do melhor sistema processual.

Do *common law* o novo sistema recursal não colhe a prevalência de normas consuetudinárias, pois isso sim significaria grande retrocesso. O *civil law* que historicamente adotamos oferece-nos gama expressiva de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, direitos da personalidade e tutela processual que concorre para o aprimoramento das relações sociais e elevação de nosso patamar civilizatório. O que se colhe daquele sistema é somente a técnica de atribuir força vinculativa aos precedentes, assim entendidos como a combinação de *ratio decidendi* e tese jurídica.

Conforme sustentamos em escrito anterior (CARVALHO, 2013, p. 263), as súmulas da jurisprudência de um tribunal não inovam a ordem jurídica no sistema civil law, pois servem tão-somente para revelar a orientação jurisprudencial que já existia e consolidá-la definitivamente. No sistema *common law*, malgrado alguma dissensão teórica (DWORKIN, 2002, p. 47)<sup>v</sup>, a norma jurídica nasce com o precedente e este não veicula um modelo exegético, com teor abstrato, como fazem as nossas súmulas de jurisprudência.

Os precedentes, no sistema *common law* (e agora também em nosso sistema jurídico-processual), decidem casos concretos e servem à solução de outros conflitos cujo contorno factual seja semelhante. Por isso a composição necessariamente binária do precedente: a tese jurídica por ele veiculada se vincula à sua *ratio decidendi*. Em boa parte, seguem esses outros povos o princípio *stare decisis* (LEAL, 2013), que é como se resolve, para eles, o adágio latino *stare decisis et non quieta movere*, vale dizer: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido (LOURENÇO, 2011).

Porquanto se reportem a casos (*law cases*), não a regras abstratas, os tribunais afetados pelo *common law* desenvolveram as técnicas da distinção (*distinguishing*), da superação (*overruling*) e da substituição (*overriding*) com vistas a descolar-se do precedente ou caso-líder sempre que haja, respectivamente, elementos diferenciados no caso sob julgamento (ou diferenças sensíveis na *ratio decidendi*), necessidade de suplantar inteiramente ou de substituir parcialmente a tese antes sufragada, porque novos seriam os fundamentos de fato ou jurídicos.

Essas técnicas de distinção, superação e substituição estão afinadas com o princípio norteador do sistema de precedentes, qual seja, o propósito de estabelecer tratamento isonômico para além do processo, igualando assim a solução judicial que todos, em situação substancialmente idêntica, possam pretender. À igualdade, assim compreendida como igualdade externa ao processo, soma-se o postulado da segurança jurídica – mas também o conceito “segurança jurídica” ganha, então, novo e auspicioso alcance que se descola da associação tão comum com a prescrição de pretensões trabalhistas (ou seja, com a consolidação de violações ao direito do trabalho) para augurar a sensação, por toda a sociedade, de que a jurisdição é una e coerente, não se confundindo o processo com uma aposta lotérica.

### 3. O sistema de precedentes no novo CPC e na CLT

O novo CPC inclui os precedentes judiciais e também os verbetes da súmula de jurisprudência entre as fontes formais de direito, como se pode extrair à leitura do art. 489, §1º, V e VI, bem assim do seu art. 927, com incisos e parágrafos que não somente impõem a observância da jurisprudência consolidada mas, também, balizam a eventual necessidade de se proceder à mutação jurisprudencial (overruling).

Para que os processos atendam à prioridade de servir à definição de precedentes, o CPC de 2015/2016 consolida o incidente de recursos especiais ou extraordinários repetitivos e inova a assunção de competência (art. 947) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987). Parece haver absoluta compatibilidade entre esse “microsistema de litigiosidade repetitiva” (NUNES, 2015) e o processo do trabalho, tanto que o art. 896, §13 da CLT<sup>vii</sup> corresponde à assunção de competência pelo Pleno do TST e há forte expectativa de que as cortes trabalhistas, especialmente os tribunais regionais, adotem o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do CPC).

A necessidade de estabelecer precedentes é, além do mais, a mesma que tem motivado a atribuição de efeitos erga omnes ou pelo menos in utilibus em processos coletivos instaurados com base na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) ou no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), ambas as leis de inquestionável aplicação subsidiária para a solução de conflitos de massa ambientados no mundo do trabalho: a preocupação é a de estender a outros, que protagonizem interesses de igual natureza, uma só solução judicial. A diferença está na contingência de as ações coletivas serem propostas com o objetivo preconcebido de solucionar uma demanda massiva, enquanto os incidentes de que ora tratamos permitem a adoção de mecanismos aptos ao redirecionamento de processos (individuais ou coletivos) inicialmente desvestidos desse

propósito. A existência de conflitos de massa, ou repetitivos, é a razão de existirem uma e outra técnica processuais.

A propósito da consequência de as instâncias extraordinárias fixarem tese jurídica, o art. 1039 do CPC autoriza os tribunais a darem por prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia, caso a tese já esteja posta na decisão recorrida. A emissão de tese, em qualquer incidente de causas repetitivas, tranca os recursos que contra ela se interponham. E é possível afirmar que o mesmo sucede, a partir de quando se tornou eficaz a Lei 13.015/2014, em processos trabalhistas.

Basta perceber que os citados dispositivos do CPC estão estreitamente afinados com aqueles da CLT que já se encontram em vigor desde a edição da Lei 13.015/2014, especialmente quando estatuem que os recursos de revista “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho” (art. 896-C, §11, I da CLT) e esclarecem que a alteração da tese jurídica deve dar-se “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado” (art. 896-C, §17 da CLT). A modulação temporal da eficácia da nova tese jurídica corresponde ao que a doutrina usa denominar prospective overruling.

Portanto, os recursos especial e de revista sequer serão examinados, em seu mérito, quando insurgirem contra a jurisprudência assentada pelo STJ e pelo TST, respectivamente. E ao modificar os preceitos legais atinentes à admissibilidade dos recursos de revista, a Lei 13.015/2014 conferiu efeito semelhante às teses jurídicas fixadas pelos tribunais regionais.

É que a Lei 13.015/2014 não apenas aparelhou a obrigação de os tribunais regionais uniformizarem sua jurisprudência mediante a possibilidade de tal uniformização ser imposta ao exame da admissibilidade dos recursos de revista – pelo presidente (ou vice-presidente) do TRT a quem couber o primeiro juízo de admissibilidade ou ao relator do recurso de revista no TST (art. 896, §§4º e 5º, da CLT) –, mas igualmente acresceu ao art. 896 da CLT o §6º para estabelecer que após o TRT uniformizar sua jurisprudência “unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou

orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência”.

Para consolidar o sistema de precedentes, o CPC incrementa dois institutos de direito processual que exigem cautela extrema em sua adoção, pois do contrário desbordarão para prática que se revestiria de viés autoritário. Referimo-nos à reconsideração pelo órgão judicial de decisão anterior que tenha destoado da tese jurídica uniformizada e à reclamação contra o órgão judicial recalcitrante.

A reconsideração pelo juízo de origem, quando definida tese destoante em julgamento de recurso especial repetitivo, está disciplinada no art. 1041, I do novo CPC, em perfeita consonância com o art. 896-C, §11, II da CLT que, a propósito de recursos de revista sobrestados enquanto se julga incidente de recursos de revista repetitivos, prescreve: “serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria”<sup>viii</sup>.

A reclamação está prevista no art. 988 do CPC e cabe, por provocação da parte ou do Ministério Público, para preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante ou de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e, na fração de maior interesse, para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência”. Antes de se concluir a sua *vacatio legis*, o novo CPC sofreu modificação para adotar-se esse texto, confirmar-se que a reclamação será inadmissível quando a decisão reclamada já houver transitado em julgado e, enfim, acrescer-se que também não será admitida a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (art. 988, §5º, II do CPC).

#### 4. A chance perdida

Enquanto não sobreveio a Lei 13.105, de 2015, que regula o novo CPC, vigorou entre nós o art. 518, §1º do CPC de 1973 (modificado, para acréscimo desse dispositivo, pela Lei 11.276/2006) que autorizava o juiz de primeiro grau cuja decisão estava em

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

consonância com súmulas do STF e do STJ a trancar a apelação. *Ipsis litteris*: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. As súmulas seriam, portanto, impeditivas de recurso.

A adoção supletiva dessa regra pela Justiça do Trabalho impediria que acudissem ao TST recursos de revista quando desde o primeiro grau de jurisdição já se houvesse observado orientação jurisprudencial, súmula do TST ou do STF. A denegação do recurso ordinário poderia ser objeto de agravo de instrumento, mas contra a decisão do TRT não caberia a interposição de recurso de revista, conforme enuncia a Súmula 214 do Tribunal Superior do Trabalho.

O mencionado artigo do CPC de 1973 não foi, porém, ripristinado pelo CPC de 2015/2016 em razão de este haver eliminado o primeiro juízo de admissibilidade da apelação, que haverá de ascender ao tribunal local sem que o juiz primeiro grau analise se ela é ou não admissível (art. 1010, §3º do novo CPC). Aparentemente, o fim do primeiro juízo de admissibilidade das apelações estaria, por via oblíqua, a impedir a aplicação supletiva de igual regra no processo do trabalho – dado que inexistente essa regra na nova sistemática processual.

Temos, contudo, alguma resistência a esse entendimento, que parece ser resignadamente aceito pelos primeiros e qualificados intérpretes da nova ordem processual. É que o sistema processual civil, faz algum tempo, dispõe coerentemente acerca da insusceptibilidade de reforma das decisões que envolvem matéria estritamente jurídica se essa matéria já estiver definitivamente decidida pela jurisprudência que se houver uniformizado em instância extraordinária. Ao juiz de primeiro grau cabia trancar a apelação (art. 518, §1º do CPC de 1973) porque ao tribunal, em segunda instância, não competia decidir em contraste com a orientação jurisprudencial antes estabilizada.

O respeito aos precedentes (*ratio decidendi* + tese jurídica) e às súmulas ou teses fixadas em julgamentos de casos repetitivos potencializou-se, bem se sabe, com o CPC de 2015/2016 e, no âmbito trabalhista, com a Lei 13.015/2014. O novo CPC autoriza o juiz de primeiro grau a indeferir liminarmente a petição inicial quando o pedido contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, julgamento de casos repetitivos ou súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332). A interpretação lógica e sistêmica do ordenamento jurídico permite concluir que aos juízes de todos os graus de jurisdição cabe

impedir que se inicie ou se desenvolva o processo voltado à vulneração da jurisprudência já consolidada.

O indeferimento da petição inicial estaria facultado também ao juiz do trabalho, dado que incidiriam, combinadamente, os artigos 15 e 332 do CPC de 2015/2016. Se ao juiz do trabalho, em primeira instância, cabe proceder ao primeiro juízo de admissibilidade do recurso ordinário, pois *legem habemus* (art. 897, b da CLT), e aos tribunais de segundo grau não compete examinar a matéria de fundo quando a sentença recorrida houver adotado a jurisprudência sumulada ou assente em julgamento de casos repetitivos (art. 932, IV do novo CPC), o juiz do trabalho poderia, a fortiori, negar seguimento a recurso ordinário que investisse (somente) contra decisão sobre matéria jurídica se essa decisão estivesse consonante com precedentes em casos repetitivos, súmulas e orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Mas o TST, ao editar a Instrução Normativa n. 39/2016, preferiu conter-se e não autorizar esse entendimento de *lege ferenda*, o que conota a intenção, inclusive, de não interferir demasiadamente em matéria que comporta alguma controvérsia e terá seus desdobramentos naturais aos cuidados dos juízes de primeira e segunda instâncias. De toda sorte, a Lei 13.256/2016 trouxe modificação que impedirá o acesso ao TST desses processos que contenham decisões conformes com súmulas do STF, do TST, ou decisões com respaldo em julgamento de casos repetitivos, pois o art. 1030, §2º do CPC prevê, para a impugnação de tais decisões, apenas o agravo interno.

## **5. As inovações quanto aos pressupostos intrínsecos do recurso de revista**

As funções do Tribunal Superior do Trabalho atendem ao princípio federativo e, nessa medida, restringem-se, no tocante ao recurso de revista, o mais importante dos recursos que aprecia, a de garantir a aplicação das normas constitucionais e legais de incidência em todo o território nacional, a de definir a interpretação adequada de leis nacionais e a de normas estaduais, convencionais ou regulamentares de abrangência suprarregional. Assim está detalhadamente regulado no art. 896 da CLT.

Durante algum tempo, coube ao TST resolver a divergência entre turmas de um mesmo tribunal regional, uma vez que até antes de vigorar a Lei 9.756/1998 o art. 896, a da CLT previa o cabimento do recurso de revista quando acórdão regional desse ao mesmo

dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houvesse dado “o mesmo ou outro Tribunal Regional”. A mencionada lei modificou o texto legal para facultar o recurso de revista em razão da divergência com interpretação dada por “outro Tribunal Regional do Trabalho”, mas nada esclareceu sobre o órgão judicial ao qual caberia dirimir as divergências internas, entre turmas dos tribunais regionais.

A consequência é conhecida: os recursos de revista não eram admitidos quando visavam à solução de dissensos internos dos tribunais regionais, mas o eram quando a divergência se apresentava entre turmas de tribunais diferentes. Obviamente, o desentendimento entre turmas de regionais distintos não significa, necessariamente, a discordância entre as correspondentes cortes regionais. E como foi insuficiente prescrever que os tribunais regionais deveriam uniformizar sua jurisprudência para evitar que o entendimento minoritário, em cada qual, ensejasse a apreciação de recursos de revista (art. 896, §3º da CLT), sobreveio a Lei 13.015/2014 e, nela, a regra de que os presidentes (ou vice-presidentes) de tribunais regionais, responsáveis pelo primeiro exame de admissibilidade das revistas, e bem assim os ministros relatores no âmbito do TST devem determinar a uniformização da jurisprudência regional sempre que constatem a “existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista” (art. 896, §§4º e 5º, da CLT).

A partir de quando uniformizada a jurisprudência regional, “unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência” (art. 896, §6º da CLT). São muitos os incidentes de uniformização de jurisprudência regional instaurados pelos ministros do TST e assim se procura atribuir ao Tribunal Superior do Trabalho a incumbência de dissipar a divergência jurisprudencial entre tribunais regionais, não mais entre órgãos fracionários do mesmo tribunal ou de tribunais distintos.

## *5.1 Vetores impeditivos da admissibilidade do recurso de revista*

Antes de sobrevir a Lei 13.015/2014, o art. 896, a da CLT já previa que o recurso de revista interposto em razão de divergência jurisprudencial não seria admitido se a decisão recorrida estivesse em consonância com súmula do TST e, nessa senda, a Súmula 333 do TST emprestava amplitude a essa restrição legal ao preconizar: “não ensejam recurso de revista decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”. Vale dizer: ainda que estivesse revelado o dissenso entre os tribunais regionais, ou entre eles e a SBDI-1, a afinidade entre o acórdão regional e a jurisprudência uniformizada pelo TST era um vetor contrário à admissibilidade, impedindo-a enfim.

O texto normativo inaugurado com a Lei 13.015/2014 veio em endosso dessa restrição ao incluir, entre os parágrafos do art. 896 da CLT, o §7º: “A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

E ao menos três outros vetores impeditivos da admissibilidade do recurso de revista surgiram com a Lei 13.015/2014:

- a) o primeiro, a impedir que acesse o TST recurso interposto contra decisão que discrepa de outras decisões do mesmo tribunal regional, caso em que se determina o retorno à corte desavinda a fim de uniformizar ela a sua jurisprudência (art. 896, §4º da CLT: “Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência”);
- b) o segundo, a impedir que decisão de qualquer dos tribunais regionais possa servir para demonstrar dissenso jurisprudencial após uniformizar-se a jurisprudência em âmbito local (art. 896, §6º da CLT: “Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência.”)
- c) o terceiro, a obstar que suba à apreciação do TST recurso interposto em relação a matéria a ser apreciada em julgamento de recurso repetitivo, sempre que o ministro responsável pela decisão de afetação ordenar a suspensão dos processos sobre o mesmo tema (art. 896-C, §5º da CLT e art. 5º da IN 38/2015),

cabendo à presidência (ou vice-presidência) do TRT, a quem caiba o primeiro juízo de admissibilidade, aguardar o julgamento do incidente de recurso repetitivo e, após, negar seguimento ao recurso de revista quando o acórdão recorrido coincide com a tese adotada pelo TST (art. 896-C, §11, I) ou encaminhá-lo à reconsideração pela turma regional na hipótese de ela não haver adotado a tese paradigma (art. 896-C, §11, II).

Em rigor, o advento do novo Código de Processo Civil acresceu, a nosso ver, mais um vetor impeditivo do recurso de revista. É que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode gerar tese que haverá de ser aplicada em toda a instância regional (art. 985) ou, havendo recurso para o TST, em todo o território nacional (art. 987, §2º). Logo, a alegação de divergência jurisprudencial entre tribunais regionais será inidônea se fundada em tese jurídica que contrarie aquela adotada em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O cabimento do IRDR no processo do trabalho tem hoje o beneplácito da Instrução Normativa 39/2016 do TST.

## *5.2 Novas exigências formais para viabilizar a análise dos pressupostos intrínsecos*

Os pressupostos intrínsecos, normalmente associados ao modo de recorrer (MARINONI et alii, 1051)<sup>ix</sup> ou, para outros, a fatores internos da decisão (NERY JUNIOR, 2000, 240-241)<sup>x</sup>, devem ser sustentados analiticamente, pois assim exige o art. 896, §1º-A da CLT (com rigor maior que o previsto pelo art. 1029 do CPC para outros recursos de natureza extraordinária). Segundo o mencionado dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, caberá à parte que interpuser o recurso de revista: I – indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista; II - indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional; III - expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte.

Tais elementos formais se somam a outros que desde sempre foram exigidos para a análise dos pressupostos intrínsecos, a exemplo da apresentação de aresto

divergente, sendo esse o caso, em conformidade com a Súmula 337 do TST. As turmas do TST têm sido austeras quanto à observância dessas novas exigências formais a serem cumpridas pela parte a fim de obter o exame, em juízo de admissibilidade, dos pressupostos intrínsecos acima referidos.

A saber, a indicação do trecho da decisão que consubstancia o prequestionamento normalmente se dá mediante a transcrição do segmento do acórdão regional que contém os fundamentos adotados pelo TRT, não se aceitando que a parte transcreva todo o capítulo da decisão recorrida se apenas parte dela serve à indicação precisa do objeto do recurso<sup>1</sup>. Não basta, por outro lado, dizer contrariada a lei, outra espécie normativa ou verbete da jurisprudência, pois se impõe à parte explicitar os motivos pelos quais a norma, a súmula ou a orientação jurisprudencial foi vulnerada. E a pretensão recursal deve estar não apenas fundamentada, mas assim se apresentar em relação a todos os fundamentos da decisão recorrida, indicando-se de que forma cada dispositivo ou enunciado sofreu violação ou contrariedade.

Essas exigências formais atendem, a nosso ver, a dois claros propósitos: o da dialetização e o da dinamização da atividade jurisdicional. Para que a instância recursal esteja segura de que provê jurisdição nos limites do interesse deduzido em juízo, a parte recorrente deve estabelecer um diálogo claro com o órgão de jurisdição, especificando suas razões e objetivos, pois somente assim poderá ter a expectativa de uma decisão exaustivamente fundamentada (art. 489, §1º do CPC) – a exigência de argumentação exaustiva é a contraparte da exigibilidade de decisão fundamentada, tal por qual.

A seu turno, a admissibilidade mais restrita dos recursos extraordinários, inclusive do recurso de revista (consulta-se, agora e além do mais, a existência de conflito interno na corte regional, a preexistência de julgamento de caso repetitivo e a suprarregionalidade do conflito), está a recomendar que a parte recorrente, e seu contraposto, entreguem pronta a matéria recursal, com todos os seus claros delineamentos, de modo a evitar que o juízo ad quem consuma tempo excessivo, ou tempo não razoável, a investigar se estão presentes os pressupostos intrínsecos (que reclamam a

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: RR - 172000-12.2003.5.03.0060 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 11/05/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016; RR - 216-96.2014.5.03.0054 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 11/05/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016.

unificação da jurisprudência) ou seus vetores impeditivos (que inibem, porque já antes satisfeita, a pretensão de unidade jurisdicional).

## Referências

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CARVALHO, Augusto César Leite de. “Modulação da Súmula 277 do TST na Perspectiva do Novo Sistema Recursal”. In: DELGADO, Gabriela Neves *et alii* (coord.). **Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Tradução para o espanhol de Marta Guastavino. Tradução livre para o português. Barcelona: Ariel, 2002.

LEAL, Augusto César Carvalho de. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013\\_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf). Acesso em:

LINDOSO, Alexandre Simões. **Técnica dos Recursos Trabalhistas Extraordinários**. São Paulo: LTr, 2010.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em:

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em 20/fev/2016.

## EL DERECHO COOPERATIVO CHILENO: ESTADO DE LA CUESTIÓN\*

*Jaime Alcalde Silva*

Instructor adjunto de Derecho privado e investigador de la Academia de Derecho civil y del Centro de gobierno corporativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

20

### Introducción

El presente trabajo tiene como propósito mostrar un panorama general del derecho cooperativo chileno que pueda ser útil para cualquiera que desee formarse una primera impresión sobre el particular. No hay en él más que un ánimo informativo o descriptivo, sin mayor pretensión dogmática que la de dar algunas pinceladas que delinee las instituciones, reglas y principios que componen la regulación normativa que existe en Chile sobre las cooperativas, de manera que versados y profanos puedan acercarse a ella sabiendo al menos el derrotero de su trazado. Esta finalidad explica que se haya decidido prescindir de un sistema de notas, para ofrecer un texto compuesto con el deseo de alcanzar la mayor claridad y simpleza en el relato. En compensación se ofrece al final una nota bibliográfica de referencia, que permitirá al lector interesado conocer en su contexto lo que se ha publicado sobre el tema y profundizar en algún aspecto que sea de su especial interés.

Sin embargo, el derecho vigente no es un producto social autónomo y necesariamente se desenvuelve en el tiempo. Una explicación cabal de una determinada parcela ha de comprender, entonces, siquiera un somero recorrido diacrónico, que engarce la actual disciplina con aquella que la ha precedido y también con las innovaciones que, fruto de las necesidades del tráfico, son propuestas para modernizar los textos que la componen. La exposición que sigue queda así dividida según una secuencia que distingue

---

\* Con algunas modificaciones y la eliminación de las respectivas citas de respaldo, el apartado II de este trabajo reproduce el párrafo intitulado «Los antecedentes legislativos (1887-2003)» del artículo «Los principios cooperativos en la legislación chilena», publicado en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 19 (2009), pp. 201-291 (pp. 206-209). El apartado III, por su parte, corresponde a la versión en español del capítulo sobre «Cooperative Law in Chile» incluido en CRACOGNA, D./FICI, A./HENRY, H. (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer (en prensas).

entre pasado, presente y futuro. En el primero se hace un breve esbozo histórico del derecho cooperativo chileno, desde la formación de la primera sociedad de artesanos basada en un principio de ayuda mutua hasta las diversas refundiciones, coordinaciones y sistematizaciones que precedieron a ley hoy en vigor (II). El segundo es el más extenso de los tres y disecciona la disciplina cooperativa actualmente vigente en una serie de aspectos relevantes, desde las fuentes formales de las que ella procede hasta las distintas instancias de cooperación posible entre las cooperativas (III). El tercer momento es por naturaleza incierto y, temporalmente, no es más que una mirada contingente hacia lo que podría ocurrir con el derecho cooperativo si prosperasen los proyectos de reforma que se discuten en el Congreso Nacional (IV). La exposición se completa con unas conclusiones generales (V) y con la mentada bibliografía esencial sobre la materia (VI).

## I. El pasado

El movimiento cooperativo chileno se inicia en 1887, cuando se funda en Valparaíso la primera cooperativa de consumo, llamada «La Esmeralda» y vinculada a un grupo de artesanos. Con todo, el primer antecedente conocido de esta forma de organización empresarial se encuentra en un folleto preparado por Tomás González en 1873, que propugnaba la creación de cooperativas ligadas a la Sociedad Republicana Francisco Bilbao, iniciativa que no llegó a concretarse en esa oportunidad. Debido a la ausencia de regulación legal, las cooperativas que se constituyeron a partir de entonces surgieron de la libre iniciativa de los socios que las integraban y adoptaron la forma de sociedades anónimas o en comandita, tipos societarios incluidos en el Código de Comercio de 1865. Tal fue el caso de la «Cooperativa Nacional de Consumo» y la «Casa Comercial Castagneto». Sin embargo, estas sociedades carecían de la constitución democrática que caracterizaba a las cooperativas inspiradas en el ideario de los pioneros de Rochdale, además de presentar una serie de vicios e inmoralidades en sus asociados, que redundaron en el descrédito de estas entidades como mecanismo de promoción empresarial.

Los primeros ensayos de constitución de sociedades cooperativas de consumo organizadas con mayor fidelidad a las doctrinas del movimiento cooperativo surgen en el

ámbito ferroviario. La más antigua de ellas es la «Cooperativa de Consumo del Personal Ferroviario de Antofagasta», constituida en 1920 bajo la forma de una sociedad anónima.

Pese a estas iniciativas prácticas, los primeros acercamientos para que el país contase con una ley de cooperativas sólo se produjeron en 1918, cuando se comienzan a discutir en el Congreso Nacional los primeros proyectos legislativos sobre la materia dentro del tratamiento de la cada vez más acuciante «cuestión social». Tres años después, el gobierno del Presidente Arturo Alessandri Palma (1868-1950) envió al Congreso un proyecto de Código del Trabajo, que entre sus muchas disposiciones reproducía casi en su totalidad el proyecto sobre cooperativas presentado en 1919 por Tomás Ramírez Frías (1876-1946), profesor de Derecho civil y por entonces diputado del Partido Liberal. Este proyecto no fue sancionado por el Congreso, aunque sus títulos más importantes fueron paulatinamente promulgados por separado. Así sucedió con aquella parte que reproducía el proyecto elaborado por Ramírez en 1919, que se promulgó en 1924 como la Ley 4058 sobre sociedades cooperativas. Al año siguiente se dictaron dos decretos leyes relacionados con las cooperativas. El primero de ellos fue el Decreto ley 603/1925, que autorizaba a constituir cooperativas en la Empresa de Ferrocarriles del Estado. Más importante todavía fue el Decreto ley 700/1925, mediante el cual se fijó con algunas modificaciones el texto definitivo de la Ley 4058. El Reglamento de esta ley estaba contenido en el Decreto Supremo 51/1926, del Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo, cuyo texto sufrió algunas modificaciones poco tiempo después por los Decretos Supremos 289/1926 y 2685/1930.

El Decreto ley 700/1925 fue modificado parcialmente merced el Decreto Supremo 669/1932. Pocos meses después, el Decreto ley 596/1932 fijó el nuevo texto de la Ley general de cooperativas, que era aplicable a cualquier sociedad de esta clase que no se encontrase regida por una ley especial.

Mención particular merecen las cooperativas agrícolas. A partir de 1928, el Senado comenzó a estudiar un informe de la Comisión de Agricultura que se pronunciaba sobre un Mensaje presentado por el entonces Presidente Carlos Ibáñez del Campo (1877-1960), en el que se proponía la creación de un estatuto diferenciado para esa clase de cooperativas. Como fruto de esa discusión, se promulgó la Ley 4.531, sobre constitución, organización y funcionamiento de las cooperativas agrícolas. Esta ley presentaba algunas ventajas en relación con el régimen de derecho común, a saber: la responsabilidad de los

socios podía ser limitada o ilimitada, según se conviniese; bastaba con un número mínimo de cinco socios (las demás cooperativas requerían de al menos veinte) y su constitución se podía hacer incluso mediante instrumento público otorgado ante un oficial del Registro Civil y de Identificación. Otros acontecimientos relevantes dentro de este sector productivo fueron la promulgación en 1935 de la Ley 5604, que estableció la nueva organización de la Caja de Colonización Agrícola; el Reglamento sobre constitución de cooperativas agrícolas de colonización, sancionado por el Decreto Supremo 3417/1938, del Ministerio del Trabajo; y el incentivo dado a las cooperativas de pequeños agricultores a través de la Ley 6382, su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo 593/1939, del Ministerio de Agricultura, y el Reglamento que fijaba el procedimiento al que debían sujetarse la Caja de Crédito Agrario y las cooperativas en materia de préstamos. En 1941 se promulgó la Ley 6815 sobre cooperativas de huertos familiares, un tipo que participa a la vez de los caracteres de las cooperativas de vivienda y agrícolas. Tiempo después, durante el segundo período del Presidente Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958), se dictó el Decreto con fuerza de ley 360/1953, mediante el cual se creó la Junta Nacional de Cooperación Agrícola, organismo autónomo dotado de personalidad jurídica encargado de la aplicación de las medidas legislativas relativas a las cooperativas y asociaciones agrícolas, ámbito al que se venía dando especial importancia y fomento desde el primer gobierno del Presidente Ibáñez (1927-1931).

En 1936 se dictó el Decreto Supremo 790/1936, por el que se aprobó el nuevo Reglamento de sociedades cooperativas, cuya vigencia se prolongó, con algunas modificaciones, hasta la promulgación del Reglamento de la Ley general de cooperativas actualmente en vigor, ocurrida en 2007.

En 1947, la Ley 8918 dispuso que el Departamento de Cooperativas, creado en 1927 y hasta ese entonces dependiente de la Inspección General del Trabajo, pasara a pertenecer al Comisariato General de Subsistencia y Precios, organismo nacido al amparo del Decreto ley 520/1932 con el objetivo de asegurar a todos los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida frente a la crisis económica desatada tras la caída del mercado de valores estadounidense en 1929 e integrado en el Ministerio de Economía y Comercio. En su funcionamiento, este Departamento quedó regido por el Decreto Supremo 889/1948, del Ministerio de Economía.

Las cooperativas desempeñaron asimismo un papel destacado en los esfuerzos de promoción habitacional puestos en práctica durante la segunda mitad del siglo XX. En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 11.151, el Presidente Carlos Ibáñez del Campo dictó el Decreto con fuerza de ley 285/1953, que fusionó la Caja de Habitación y la Corporación de Reconstrucción en una sola entidad, la Corporación de la Vivienda (antecesora del actual Servicio del Sector Vivienda dependiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo). Esta corporación estaba facultada para conceder créditos, entre otros, a las cooperativas de edificación, de modo que con el dinero así obtenido éstas pudiesen llevar adelante la construcción de las viviendas que tenían proyectadas y concretar su posterior venta a los socios. Esta ley sólo alcanzará, sin embargo, su pleno potencial cuando se dicten los Decretos con fuerza de ley 2/1959, sobre plan habitacional (que otorga beneficios tributarios a las viviendas de hasta ciento cuarenta metros cuadrados), y 205/1960, sobre Asociaciones de Ahorro y Préstamo, y la nueva ley de cooperativas, ya bajo la presidencia de Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964).

En 1959, y haciendo uso de la potestad legislativa delegada por la Ley 13.305, este último dictó el Decreto con fuerza de ley 326/1960, que fija el texto de la nueva Ley general de cooperativas. Cuatro años después, esta ley fue modificada por la Ley 15.020 sobre reforma agraria. A partir de ese momento, la Ley general de cooperativas quedó contenida en el Decreto reglamentario 20/1963 de la Corporación de Reforma Agraria. Hacia finales de la década siguiente, el Decreto Supremo 502/1978, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, fijó un nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley general de cooperativas, incluyendo las normas que a partir de 1973 se fueron dictando para reorganizar el proceso de reforma agraria según las nuevas bases institucionales. En lo sustancial, sin embargo, el texto de la Ley general de cooperativas contenido en el Decreto con fuerza de ley 326/1959 permaneció inalterado hasta la promulgación en 2002 de la Ley 19.832.

## II. El presente

Hecho el acercamiento histórico, corresponde ahora tratar el marco regulatorio que disciplina en la actualidad la actividad cooperativa en Chile. Con ese fin se ha dividido

la exposición en los siguientes aspectos de interés: las fuentes del derecho cooperativo chileno (1); la definición y propósito de las cooperativas (2); los ámbitos en éstas que pueden realizar su actividad (3); los requisitos y formalidades de constitución (4); el sentido y alcance del estatus de socio (5); los aspectos financieros relativos a su funcionamiento (6); el gobierno de la entidad (7); su registro y control por parte de la autoridad pública (8); la disciplina particular existente para las modificaciones estructurales (9); su régimen tributario (10); y las distintas instancias de cooperación entre las cooperativas (11).

## 1. *Las fuentes del derecho cooperativo chileno.*

A diferencia de otros ordenamientos, en la Constitución Política no existe una referencia expresa a las cooperativas como forma de organización económica digna de promoción por parte del Estado. Pese a tal omisión, ella contempla una serie de normas que, directa o indirectamente, fundamentan o son aplicables al movimiento cooperativo, entre las que cabe destacar el principio de subsidiariedad (artículo 1° II); el carácter servicial que se asigna al Estado y su ordenación al bien común (artículo 1° III); el derecho de asociación (artículo 19 núm. 15); el derecho de desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, con sujeción a las normas que la regulen (artículo 19 núm. 21); y el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (artículo 19 núm. 24).

De ahí que el derecho cooperativo chileno sea eminentemente de origen legal y reglamentario. El texto definitivo de la actual Ley general de cooperativas (LGC) fue sancionado por el Decreto con fuerza de ley 5/2003, dictado en cumplimiento de la habilitación contenida en la Ley 19.832, cuyas disposiciones vienen complementadas por un reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 101/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (RLGC). Pese a su data reciente, estos cuerpos normativos no se encuentran en consonancia con la última definición del ideario propuesto por la Alianza Cooperativa Internacional y recogido en la *Declaración sobre Identidad Cooperativa* de 1995, dado que la mentada Ley 19.832 tardó once años en ser sancionada desde que su proyecto fue presentado al Congreso Nacional mediante el mensaje del Presidente Patricio Aylwin de 11 de noviembre de 1992 (Boletín 855-03).

Fuera del citado reglamento, dentro de las fuentes del derecho cooperativo chileno comparecen también algunos decretos relevantes emanados de la potestad reglamentaria de la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (artículo 32 núm. 6° de la Constitución Política), y las resoluciones dictadas por el Departamento de Cooperativas, dependiente de esta misma subsecretaria, con el objetivo de perfeccionar el funcionamiento de las cooperativas (artículo 108 LGC) en las distintas facetas de su actividad corporativa o económica (artículo 109 LGC).

## 2. Definición y propósito de las cooperativas

Las cooperativas son «asociaciones que de conformidad con el principio de la ayuda mutua tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios [...]» (artículo 1° LGC). Quizá el rasgo más importante de esta definición sea el cuidado que se ha puesto en evitar incluir a las cooperativas dentro del género de las sociedades, como lo hacía, por ejemplo, el artículo 1° de la Ley 4058. Se reafirma así el carácter específico de esta figura asociativa, diferenciado de la sociedad en sentido estricto. El concepto técnico, fundamental para comprender el régimen jurídico de la sociedad y sus conflictos de interés específicos, es el ánimo de lucro con que se unen los socios (artículo 2053 del Código Civil). No basta con que una sociedad aspire a ahorrar o hacer economías de escala, ya que toda empresa es una organización de capital y trabajo concebida para la maximización de resultados; para que haya lucro, es necesario que se persiga la obtención de un incremento del patrimonio social ilimitado repartible entre los socios en el corto o largo plazo (máxima de la economicidad). Tal afán no existe en las cooperativas y, por esa razón, ellas son consideradas asociaciones sin fines de lucro (artículo 53 LGC) enderezadas a mejorar las condiciones de vida de los socios en algún aspecto particular mediante un principio de ayuda mutua (artículo 1° LGC). Esta ausencia de ánimo de lucro explica, por ejemplo, que se entienda que las cooperativas no producen utilidades, salvo para el cálculo de las gratificaciones que han de pagarse a los trabajadores (artículos 53 LGC y 47 del Código del Trabajo), o que las cooperativas de consumo no puedan operar mediante el giro o emisión de órdenes de compra a favor de sus socios y en interés del comercio privado (artículo 92 LGC).

### 3. *Ámbitos de la actividad cooperativa*

Las cooperativas se organizan para el cumplimiento de fines específicos [artículos 2º, 3º y 6º b) LGC y 2 a) RLGC]. Según la actividad que realizan, el ordenamiento establece algunas normas especiales para la constitución y funcionamiento de ciertas cooperativas. Distingue así entre cooperativas de trabajo (artículos 60-64 LGC), agrícolas y campesinas (artículos 65 y 66 LGC), pesqueras (artículo 67 LGC), de servicio (artículos 68-90 LGC y 141-160 RLGC) y de consumo (artículo 91-93 LGC). Adicionalmente, es posible constituir dos clases de cooperativas especiales: las cooperativas especiales agrícolas y las cooperativas especiales de abastecimiento de energía eléctrica (artículos 94-100 LGC). A ellas les son aplicables las disposiciones comunes por las que se rigen las cooperativas agrícolas (artículos 65 y 66 LGC) y las de abastecimiento de energía eléctrica (artículos 72 LGC y 161 RLGC), además de las normas particulares del Título V LGC, que priman sobre aquéllas cuando unas y otras resulten incompatibles entre sí (artículo 13 del Código Civil). Entre esas peculiaridades conviene mencionar su régimen tributario (artículo 100 LGC) y el sistema de voto ponderado (artículo 99 LGC).

Con todo, cumple advertir que las cooperativas pueden combinar finalidades de diversas clases, salvo las que deban tener objeto único, como las cooperativas de vivienda abiertas, las de ahorro y crédito y cualquier otra que establezca la ley (artículo 4º LGC). El objeto social debe estar específicamente descrito en los estatutos y no se admite que una cooperativa aboque su actividad a objetos diversos a los ahí mencionados [artículos 6º b) LGC y 2 a) RLGC].

### 4. *Requisitos y formalidades de constitución*

El proceso de creación de una cooperativa comienza por la celebración de una junta general constitutiva, cuya acta debe ser reducida a escritura pública y expresar el nombre, profesión o actividad, domicilio y cédula nacional de identidad de los socios que concurren a su constitución (artículos 6º LGC y 1 y 3 RLGC). La regla en esta materia es que las cooperativas se constituyen con el número de socios que deseen participar en ellas, que no puede ser inferior a diez (artículo 13 LGC), salvo en el caso de las

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

cooperativas de trabajo (artículo 60 LGC), de ahorro y crédito (artículo 88 LGC) y de consumo (artículo 91 LGC), en que el número mínimo es de cinco, cincuenta y cien socios, respectivamente. En dicha acta deberá constar también la aprobación de los estatutos y el texto íntegro de éstos, de cuyo contenido mínimo tratan los artículos 6° LGC y 2 RLGC. Un extracto de la escritura social, autorizado por el notario respectivo, se deberá inscribir en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces correspondiente al domicilio de la cooperativa, y publicar por una sola vez en el Diario Oficial (artículo 7° I y II LGC). El plazo para efectuar esta inscripción y publicación es de sesenta días y se cuenta desde la reducción a escritura pública de la mentada acta (artículo 7° III LGC). Sólo cuando se han cumplido todos estos trámites, la cooperativa puede iniciar sus actividades y realizar las operaciones propias de su giro (artículo 6 RLGC).

La cooperativa constituida de conformidad con los trámites exigidos por la ley goza de personalidad jurídica (artículo 5° LGC) y sigue gozando de ella incluso después de su disolución para los efectos de su liquidación (artículo 48 LGC). En ciertos supuestos se admite que la cooperativa respecto de la cual no se hayan observado todos los requisitos que le son propios sea saneada según el procedimiento de la Ley 19.499 (artículos 9° y 11 LGC); pero no podrá serlo si aquella no consta en escritura pública o en instrumento reducido a escritura pública, o cuyo extracto no se haya inscrito o publicado, y entonces sólo se reputará existir una comunidad entre sus miembros y las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre ellos con arreglo a lo pactado o a la disciplina supletoria prevista por la ley (artículos 10 LGC y 5 RLGC).

Excepcionalmente, en las cooperativas de ahorro y crédito y en las abiertas de vivienda es necesario que los interesados en su constitución sometan a la Departamento de Cooperativas un estudio socioeconómico sobre las condiciones, posibilidades financieras y planes de trabajo que se proponen desarrollar, de suerte que la junta general constitutiva sólo se podrá celebrar con posterioridad a la aprobación de dicho estudio (artículos 12 LGC y 7 RLGC).

No existe ningún impedimento para que una cooperativa extranjera se establezca y ejercer su actividad económica en Chile. Para hacerlo debe constituir una agencia que opere en el territorio nacional de conformidad a las normas de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, la que queda sujeta a las normas de la Ley general de cooperativas

en lo que sea pertinente, pero no goza de los beneficios tributarios que la ley chilena reconoce a estas últimas (artículo 122 LGC).

## 5. *El estatus de socio*

El principio general es que pueden ser socios de una cooperativa tanto las personas naturales como las personas jurídicas de derecho público y privado (artículo 14 LGC). La adquisición, el ejercicio y la pérdida de la calidad de socio y las prestaciones mutuas a que haya lugar por estas causas, se regirán por los estatutos que la propia cooperativa se haya dado conforme a las normas legales vigentes (artículos 15 LGC y 11 RLGC). A estos efectos, el Reglamento de cooperativas es supletorio de las disposiciones estatutarias y sólo se aplica en silencio de las mismas. El único resguardo es que tales restricciones no pueden estar fundadas en razones de discriminación sexual, social, racial, política o religiosa (artículos 1° y 16 LGC).

Para poder solicitar la adhesión a una cooperativa, es necesario cumplir con dos condiciones mínimas: la capacidad para utilizar los servicios de la cooperativa y la disposición a aceptar las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de socio.

La primera condición viene determinada por el tipo de cooperativa de que se trata. Esto significa que cualquier persona, natural o jurídica, puede ser socio de una cooperativa en la medida que case con su objeto, con los siguientes límites: (i) ningún socio podrá ser propietario de más de un 20% del capital, salvo en el caso de las cooperativas de ahorro y crédito, en las que el máximo permitido será de un 10% (artículo 17 LGC), y en las cooperativas especiales agrícolas y de abastecimiento de energía eléctrica, en las que un socio podrá tener un porcentaje máximo de capital de hasta un 30% (artículo 95 LGC); (ii) está excluida la creación de cuotas de participación de organización y privilegiadas (artículo 33 LGC); (iii) los estatutos pueden prohibir que los trabajadores de la cooperativa adquieran en ella la calidad de socios, salvo que se trate de una cooperativa de trabajo (artículo 27 RLGC); (iv) en ciertos casos, para constituir una cooperativa es necesario contar con el número mínimo de socios requerido por la ley, que es en general de diez (artículo 13 LGC).

La segunda condición es estar dispuesto a aceptar las obligaciones y responsabilidades inherentes al estatus de socio, que son en principio iguales para todos

(artículo 1° LGC). Estas obligaciones y responsabilidades deben estar indicadas en los estatutos, por lo que las normas de la ley y su reglamento se aplican sólo supletoriamente y en silencio de las disposiciones estatutarias (artículos 15 LGC y 11 RLGC). Entre estas obligaciones y responsabilidades comparecen las siguientes: (i) el cumplimiento fiel de los estatutos (artículo 1545 del Código Civil; 2° y 6° LGC; y 1 y 2 RLGC), de los reglamentos internos (artículos 63, 64 y 90 LGC y 2 RLGC) y de los acuerdos adoptados por la junta general [artículos 21 LGC y 17 e) y 26 RLGC] y por el consejo de administración [artículos 25 LGC y 17 e) RLGC]; (ii) la participación en la actividad que realiza la cooperativa en la cuantía mínima exigida por los estatutos [artículos 6° e) LGC y 17 f) RLGC]; (iii) la reserva sobre aquellos asuntos y datos cuya divulgación pueda perjudicar los intereses lícitos de la cooperativa (artículos 45 y 71 RLGC), sin perjuicio del deber de informar al órgano fiscalizador competente de aquellos antecedentes que le sean requeridos [artículo 17 g) RLGC]; (iv) la aceptación y el servicio de los cargos sociales para los que el socio fuera elegido [artículos 2 h) y j), y 17 c) RLGC]; (v) la responsabilidad por los daños que, con culpa o dolo, cause en el ejercicio de un cargo social (artículos 13, 25, 26, 29 y 62 LGC); (vi) el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones económicas que le correspondan [artículos 6° c) y e), y 31 LGC; y 2 b), 17 a) y 106 RLGC], las que, debidamente reajustadas (artículo 94 RLGC), pueden ser cobradas judicialmente, sirviendo de título ejecutivo la copia autorizada del acta del consejo de administración en la que conste el acuerdo adoptado respecto de dicho cobro judicial, acompañado del documento de suscripción correspondiente (artículos 31 y 36 LGC y 96 RLGC); (vii) la inhibición de realizar, dentro de la zona de funcionamiento que señalan los estatutos, operaciones de la misma índole de las que ejecute la respectiva cooperativa, o de colaborar con quien las efectúe [artículos 14 LGC y 17 h) RLGC]; (viii) la responsabilidad con sus aportes de las obligaciones contraídas por la cooperativa hasta el monto de sus cuotas de participación (artículo 32 LGC), incluso de las existentes antes de su ingreso, sin que se admita estipulación alguna en contrario (artículos 18 LGC y 97 RLGC); (ix) la concurrencia personal a la junta general, si así se ha establecido en los estatutos [artículos 22 LGC y 17 b) y 36 RLGC], y a las actividades educativas que la cooperativa ponga en práctica [artículo 17 i) RLGC]; (x) la imposibilidad de pertenecer a otra entidad de igual finalidad, si los estatutos contienen tal interdicción (artículo 14 LGC); (xi) la prohibición de desempeñar cargos directivos en más de una entidad cuando

se pertenece a dos o más con igual objeto social (artículo 14 LGC); (xii) el deber de observar una conducta de acuerdo con la buena fe y los principios y finalidades del movimiento cooperativo (artículo 1546 del Código Civil); (xiii) el cumplimiento de ciertas obligaciones materiales menores, como mantener actualizados sus domicilios en la entidad [artículo 17 d) RLGC] y firmar el libro de asistencia cada vez que concurra a una junta general de socios [artículos 17 j) y 35 RLGC]; (xvii) la aceptación de las responsabilidades y sanciones que les correspondan por las faltas cometidas contra las obligaciones sociales [artículos 15 LGC y 2 e), 11, 17, 18 y 20 f) RLGC].

Si concurren copulativamente las dos condiciones antes señaladas, el solicitante debe ser aceptado como socio por la cooperativa. La ley sólo establece la imposibilidad de limitar el ingreso de socios por razones políticas, religiosas o sociales (artículos 1° y 16 LGC), sin aludir a las discriminaciones basadas en el sexo o en la raza. La falta de referencia a la prohibición de establecer discriminaciones en razón de raza se explica en cierta medida por la existencia de modalidades asociativas especiales respecto de las etnias indígenas, como las comunidades indígenas (Párrafo 4° del Título I de la Ley 19.253) y las asociaciones indígenas (Párrafo II del Título V de la Ley 19.253), o por la especial protección que se brinda a las tierras de estos pueblos originarios (Título II de la Ley 19.253), sin perjuicio del derecho de quienes pertenezcan a tales etnias (artículo 2° de la Ley 19.253) para constituir cooperativas conforme a las reglas generales (artículos 1° y 19 núm. 2° y 15 de la Constitución Política; 55 del Código Civil; 13 LGC, y Ley 20.609).

La legítima expectativa de llegar a ser socio de una cooperativa se encuentra protegida por ciertas garantías que aseguran la adecuada concreción del principio de adhesión abierta. Así, formulada la solicitud por el aspirante a socio [artículo 13 b) RLGC], el consejo de administración debe resolver y comunicar su decisión en un plazo razonable. Dado que no existe un procedimiento establecido para la tramitación de esta solicitud, para determinar el límite temporal de este plazo razonable bien cabe acudir al artículo 22 RLGC, que regula el modo de ejercer el derecho de renuncia, y en el que se señala que el consejo de administración tiene un plazo de treinta días contados desde la presentación de la solicitud para pronunciarse sobre ella. Por regla general, el silencio no comporta una manifestación de voluntad dotada de contenido y no expresa aceptación ni rechazo de una propuesta.

Si la solicitud es aprobada, el aspirante habrá de adquirir a cualquier título cuotas de participación en la cooperativa, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos [artículo 13 b) RLGC]. También, si así se establece en los estatutos o lo acuerda la junta general, quien sea aceptado como socio debe pagar una cuota de incorporación (artículo 106 RLGC). Por el contrario, si el consejo de administración rechaza el ingreso de una determinada persona a la cooperativa, debe fundar su decisión en razones objetivas [artículos 16 LGC y 13 b) RLGC].

Si el aspirante que es rechazado por el consejo de administración estima que reúne las condiciones para ser socio y que la decisión de aquél ha sido arbitraria, puede reclamar de esa resolución ante la junta general (arg. ex artículo 20 RLGC). Denegada la admisión por ésta, el solicitante podrá recurrir al procedimiento sumario ante la justicia ordinaria o bien a arbitraje, a su elección, para que en esa sede se resuelva el conflicto surgido sobre la interpretación, aplicación, validez o cumplimiento de la normativa vigente (arg. ex artículo 114 LGC).

La ley no se refiere directamente a las cooperativas de segundo grado, aunque el término no es del todo ajeno a su sistema. En el artículo 22 LGC, por ejemplo, se dice que los estatutos pueden disponer que la asistencia a la junta general sea siempre personal y que no se admita, en ningún caso, la posibilidad de delegar la facultad de asistir a ellas. Sin embargo, se permite que, cuando así lo establezcan los estatutos, las juntas generales de las cooperativas de primer grado se puedan constituir por delegados si (i) la cooperativa actúa a través de establecimientos ubicados en diversos lugares del territorio nacional, o (ii) si ella tiene más de dos mil socios. Asimismo, hay un reconocimiento implícito a las cooperativas de segundo grado en el artículo 13 LGC, que dispone que pueden ser socios de una cooperativa tanto las personas naturales como la personas jurídicas de derecho público o privado, categoría esta última en la que se incluyen las propias cooperativas (artículo 5° LGC).

La calidad de socio sólo se pierde por la muerte (o por la pérdida de la personalidad jurídica, si el socio reviste ese carácter), por exclusión, por renuncia, por la transferencia de todas las cuotas de participación y por el ejercicio del derecho a retiro (artículos 19 LGC y 20 RLGC). Adicionalmente, en las cooperativas de servicios de vivienda o de veraneo de descanso, la calidad de socio se pierde por la imputación de todo el valor de sus cuotas de participación a la adquisición del dominio de un bien raíz

habitacional [artículo 20 d) RLGC]. De igual forma, el consejo de administración puede aceptar la reducción o retiro parcial de los aportes hechos por los socios, sin que éstos pierdan la calidad de tales y de acuerdo con las normas que al efecto establezcan los estatutos (artículo 37 LGC).

## 6. Aspectos financieros

La financiación de las cooperativas supone considerar cuatro vías de ingreso de capital: las aportaciones de los socios (a), la creación de reservas (b), la inversión del remanente (c) y las aportaciones extraordinarias (d).

(a) Toda cooperativa debe contar con un capital para iniciar sus actividades [artículo 6° c) LGC]. Este capital es variable e ilimitado, a partir del mínimo que fijen sus estatutos, y se forma con las sumas que paguen los socios por la suscripción de sus cuotas de participación. Los estatutos fijarán el monto mínimo de los aportes que deben efectuar los socios para incorporarse o mantener su calidad de tales (artículos 31 LGC y 98 RLGC).

La contribución de los socios se expresa en cuotas de participación, cuyo valor es aquel que resulta de la suma del monto de sus aportes de capital, más las reservas voluntarias y más o menos, según corresponda, el ajuste monetario señalado en los artículos 34 III LGC y 101 RLGC, y los excedentes o pérdidas existentes, dividido por el total de cuotas de participación emitidas al cierre del período. Las cuotas de participación tienen entre sí igual valor, salvo que se hubiesen emitido cuotas de distintas series, en cuyo caso serán las cuotas de una misma serie las que tendrán igual valor (artículo 90 RLGC). El valor de las cuotas de participación se corrige monetariamente y se actualiza anualmente, considerando para tal efecto la conformación del patrimonio una vez aplicado el acuerdo de la junta general de socios que se haya pronunciado sobre el balance, en lo relativo a la distribución del remanente o, en su caso, la absorción de las pérdidas (artículos 31 y 34 LGC, 90 y 101 RLGC y 17 núm. 1° del Decreto ley 824/1974).

En principio, ningún socio puede ser propietario de más de un 20% del capital de una cooperativa, salvo en los casos ya mencionados de las cooperativas de ahorro y crédito y de aquellas especiales agrícolas y de abastecimiento de energía eléctrica. Las cuotas de participación suscritas y parcialmente pagadas gozan de los derechos al pago del interés sobre el capital, si así lo permiten los estatutos, a la devolución de los aportes y a los excedentes provenientes de operaciones con personas que no sean socios, en proporción a la parte

efectivamente pagada (artículo 95 RLG). Excepcionalmente, en las cooperativas abiertas de vivienda y de ahorro y crédito, los estatutos y los acuerdos de las juntas generales de socios no pueden acordar el pago anticipado de intereses, así como tampoco la celebración de pactos sobre ellos en forma previa al conocimiento de los resultados del ejercicio anterior por parte de la respectiva junta general (artículo 158 RLG).

La persona que haya perdido la calidad de socio por renuncia o exclusión, así como los herederos del socio fallecido, tienen derecho a la devolución del monto actualizado de sus cuotas de participación, con las modalidades establecidas en los estatutos (artículos 19 LGC y 24 y 25 RLG). En caso de liquidación de la cooperativa, una vez absorbidas las eventuales pérdidas, pagadas las deudas y reembolsado a cada socio el valor actualizado de sus cuotas de participación, las reservas legales y cualesquiera otros excedentes resultantes, se distribuirán entre los socios, a prorrata de sus cuotas de participación (artículo 40 LGC).

Cuando las cooperativas prosperan, cabe la posibilidad de crear reservas derivadas de las ganancias obtenidas merced de sus actividades. Normalmente, todas o al menos una proporción bastante grande de estas ganancias son de propiedad colectiva, dado que representan los logros conjuntos de los socios en apoyo de la entidad a la que pertenecen. En muchos casos, este capital colectivo no se distribuye entre los socios si la cooperativa deja de existir, sino que se destina a empresas comunitarias u otras cooperativas asociadas. Es lo que ocurre con la porción del patrimonio que se ha originado gracias a las donaciones recibidas por la cooperativa, las que deben ser destinadas al objeto que señalen los estatutos. A falta de mención expresa, corresponde a la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño destinar esos bienes a favor de una o más cooperativas (artículo 40 LGC). La única excepción la constituyen los terrenos adquiridos a título gratuito por las cooperativas cerradas de vivienda, que se consideran parte de su capital para los efectos de la adjudicación de viviendas a los socios (artículo 81 LGC).

(b) Las reservas tienen por objeto proporcionar una mayor estabilidad económica a la cooperativa, conservar su capital social y aumentar la garantía patrimonial de los acreedores y los socios (artículo 100 RLG). Según su fuente, estas reservas pueden ser de tres clases: legal, voluntaria y especial. La reserva legal es aquella que deben constituir e incrementar cada año las cooperativas abiertas de vivienda y las de ahorro y crédito, con un porcentaje no inferior al 20% de sus remanentes (artículo 34 LGC). Esta reserva se destina principalmente a cubrir las pérdidas que se puedan producir en un ejercicio

económico y asegurar la normal realización de las operaciones de la cooperativa [artículo 100 a) RLGC]. Cuando el fondo de reserva legal alcance un 50% del patrimonio, estas entidades están obligadas a distribuir entre los socios, a título de excedentes, al menos el 30% de los remanentes. El saldo puede incrementar el fondo de reserva legal o destinarse a reservas voluntarias (artículo 38 LGC). Además, estas cooperativas han de tener invertido, a lo menos, el 10% de su patrimonio en los activos e instrumentos de fácil liquidación enumerados en el artículo 160 RLGC. Este porcentaje puede ser aumentado mediante una norma de aplicación general por la Dirección de Cooperativas (artículo 39 LGC).

Las reservas voluntarias tienen un doble origen. Son tales: (i) aquellas constituidas o incrementadas anualmente por los acuerdos de las juntas generales de socios que se hayan pronunciado acerca de la distribución del remanente generado en los ejercicios anteriores; y (ii) aquellas previstas por los estatutos de una cooperativa. El destino de estas reservas será el que fijen los estatutos o el que acuerde la junta general de socios [artículo 100 b) RLGC]. Ellas no pueden exceder el 15% del patrimonio de la cooperativa y se forman con independencia de las reservas legales cuando hubiese lugar a ellas [artículos 38 LGC y 100 b) RLGC].

La reserva especial se constituye en todas aquellas cooperativas que no tiene obligación de crear una reserva legal, y se incrementa con las donaciones, los repartos de excedentes no retirados por los socios dentro del plazo de cinco años, contados desde la fecha en que se acordó su pago, y los fondos sin destinación específica que perciba la entidad (artículo 100 RLGC). En las cooperativas obligadas a constituir una reserva legal (artículo 34 LGC), y salvo que los estatutos dispongan algo distinto, los bienes provenientes de esas fuentes pasan a formar parte de dicha reserva (artículo 100 RLGC).

(c) El remanente es el saldo favorable del ejercicio económico, que se determina mediante un balance confeccionado de conformidad con las normas y principios contables de general aceptación y las disposiciones legales aplicables a los distintos tipos de cooperativas (artículo 104 RLGC). Este saldo se destina a alguna de las siguientes finalidades: (i) absorber pérdidas acumuladas, hasta concurrencia de su monto; (ii) constituir o incrementar los fondos de reserva legal en los casos que proceda, o bien (iii) las reservas voluntarias, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos y los acuerdos de la junta general de socios; (iv) distribuir entre los socios un interés al capital, según lo establecido en los respectivos estatutos y lo acordado por la junta general de socios; (v) el saldo, si lo hubiese, se denomina excedente y debe ser distribuido entre los socios, o da lugar a una emisión liberada de cuotas de participación, según acuerde la junta general que se ha de pronunciar sobre el

balance del ejercicio anterior (artículos 38 LGC y 104 RLGC). Cuando la cooperativa está dividida en secciones, el remanente de cada una de ellas se distribuye de la forma antedicha (artículo 107 RLGC).

(d) Por acuerdo de la junta general, el todo o parte de las pérdidas que no alcancen a ser cubiertas por el remanente del ejercicio, pueden ser absorbidas por alguna de las partidas siguientes en el orden que se indica: (i) el fondo de reserva legal; (ii) las reservas voluntarias; y (iii) el capital aportado por los socios (artículo 105 RLGC). Asimismo, para el financiamiento de sus gastos ordinarios y extraordinarios las cooperativas tienen la posibilidad de imponer a sus socios el pago de cuotas sociales y comisiones adicionales, de conformidad con lo que establezcan los estatutos. Dichas cuotas sólo podrán ser cobradas cuando así se hubiese señalado en los estatutos o, en su defecto, cuando lo acuerde la junta general. Estos aportes no están sujetos a reembolso e incrementan los ingresos no operacionales de la cooperativa (artículo 106 RLGC).

En caso de que sea obligatorio que los socios concurran a la suscripción y pago de las cuotas de participación necesarias para efectuar un aumento de capital, es necesario que dicho aumento sea aprobado previamente por una junta general [artículo 23 m) LGC]. Además, y antes de proceder a tal aumento, la cooperativa debe capitalizar los intereses y excedentes que no se hubiesen distribuido mediante la emisión de cuotas de participación liberadas de pago, a menos que la junta que se haya pronunciado sobre el aumento de capital establezca alguna regla distinta. La junta general también puede acordar aumentos de capital que no sean obligatorios para todos los socios, estableciendo las normas y modalidades aplicables a que quienes concurran a suscribir y pagar los nuevos aportes (artículos 31 LGC y 99 RLGC). Para obtener financiamiento, la junta general tiene igualmente entre sus posibilidades la de autorizar la emisión de valores de oferta pública de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 18.045 (artículo 35 LGC).

## 7. Gobierno cooperativo

La dirección, administración, operación y vigilancia de las cooperativas está a cargo de los siguientes órganos: (a) la junta general de socios, (b) el consejo de administración, (c) el gerente y (d) la junta de vigilancia (artículo 20 LGC).

(a) La junta general de socios es la autoridad suprema de la cooperativa, que se constituye por la reunión de aquellos que figuren debidamente inscritos en el registro social y en la que se discuten las políticas futuras, se toman decisiones importantes y se aprueban las acciones concretas a realizar (artículos 21 y 23 LGC y 26 RLGC). Los acuerdos que ella adopte, con sujeción

a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias, son obligatorios para todos los miembros de la cooperativa (artículos 21 LGC y 26 RLGC).

En principio, todo socio tiene la posibilidad tanto de elegir como de ser elegido para el ejercicio de los cargos sociales [artículos 1º, 21, 23 c), 24, 28 y 90 LGC y 17 c) RLGC], salvo que se encuentre afectado por alguna causa de inhabilidad [artículos 30 LGC y 2 i), 67, 73, 80, 87 y 88 RLGC] o impedido de ejercer sus derechos sociales [artículo 17 c) RLGC]. La única excepción es que la persona que sea socio de más de una cooperativa de igual finalidad, sólo podrá desempeñar cargos directivos en una de ellas (artículo 14 LGC). Sin embargo, los estatutos pueden conferir a las personas jurídicas de derecho público o privado que participen en la cooperativa el derecho a designar un determinado número de miembros del consejo de administración; pero este privilegio se reduce sólo a una minoría de los mismos. Asimismo, los estatutos pueden contemplar la participación de los trabajadores de la entidad en su consejo de administración. El único límite a estas dos situaciones es que al menos el 60% de los integrantes titulares y suplentes del consejo de administración ha de ser elegido por los socios usuarios de la cooperativa (artículo 24 LGC).

Las cooperativas de grandes dimensiones requieren de sistemas especiales de organización de las juntas generales para hacer posible la plural y variada participación de los socios. Para evitar una desnaturalización del principio de gestión democrática, la ley y su reglamento se ocupan de la representación en junta general y establecen al efecto una serie de reglas, a saber: (i) los poderes para asistir con derecho a voz y voto en dichas juntas deben ser otorgados por carta poder simple (artículos 22 LGC y 36 RLGC); (ii) los apoderados han de ser socios de la cooperativa, salvo que se trate del cónyuge o los hijos del socio, o de los administradores o trabajadores de éstos, en cuyo caso el poder tiene que ser autorizado ante notario y dura dos años (artículos 22 LGC y 36 RLGC); (iii) sin embargo, no podrán ser apoderados los miembros del consejo de administración, de la junta de vigilancia, el gerente y los trabajadores de las cooperativas (artículo 22 LGC); (iv) ningún socio puede representar a más de un 5% de los socios presentes o representados en una junta general (artículo 22 LGC); (v) los estatutos de una cooperativa pueden disponer, en fin, que la asistencia a junta sea personal y que no se acepte, en ningún caso, mandato para asistir a ellas (artículos 22 LGC y 36 RLGC).

Las reglas anteriores tienen un régimen distinto tratándose de las juntas generales de las cooperativas de primer grado. En ellas, y si así lo establecen los estatutos, las juntas generales se pueden constituir por delegados cuando la cooperativa actúe a través de establecimientos ubicados en diversos lugares del territorio nacional, o bien cuando ésta tenga más de dos mil socios. Estos delegados deben ser socios de la cooperativa (artículos 22 LGC y 49 RLGC); han de ser elegidos por asambleas locales antes de la junta general (artículos 22 LGC y 47 RLGC); representan a los socios de sus respectivas asambleas ante la junta general, en proporción al número de socios que integra la asamblea que los haya elegido (artículo 48 RLGC); y permanecen en sus cargos por el tiempo que se señale en los respectivos estatutos, no pudiendo en caso alguno

prolongarse su período por más de un año, sin perjuicio de la posibilidad de ser reelegidos indefinidamente (artículos 22 LGC y 51 RLGC).

La participación de los socios se rige por el principio «una persona, un voto» (artículos 1° y 22 LGC y 48 RLGC). No hay ninguna norma que altere este criterio para las cooperativas de segundo grado, contempladas sólo de forma implícita o referencial en la ley (artículos 13 y 22 LGC). La única excepción es el sistema de voto ponderado que se permite en las cooperativas especiales (artículo 99 LGC). Para aplicar este sistema, con treinta días de anticipación a la celebración de una junta general, el consejo de administración debe proceder al cierre de los registros para determinar los socios que a esa fecha tienen derecho a voto. Enseguida, ha de fijar el total máximo de votos que se pueden emitir, el que deberá ser múltiplo de tres y no inferior a diez veces el número de socios con derecho a voto. Dicho total se distribuirá entre estos últimos de la siguiente forma: (i) un tercio se prorrateará por persona entre todos los socios; (ii) un tercio se distribuirá entre los socios en proporción a las operaciones efectuadas por ellos con la cooperativa durante el último ejercicio, determinándose las operaciones por uno o más de estos factores, según lo establezcan los estatutos: su cuantía en valores constantes, los márgenes brutos que ellas hayan significado como ingresos para la cooperativa y su volumen en unidades físicas de productos entregados a la cooperativa o adquiridos a ésta; (iii) un tercio se distribuirá entre los socios a prorrata del número de acciones que posean. Para su contabilización, las fracciones de votos se despreciarán si el cociente resultare con una fracción igual o inferior a media unidad.

(b) El consejo de administración es elegido por la junta general de socios, tiene a su cargo la administración superior de los negocios sociales y representa judicial y extrajudicialmente a la cooperativa para el cumplimiento del objeto social, sin perjuicio de la representación que compete al gerente (artículo 24 LGC). Si nada se indica en los estatutos, el consejo de administración se compondrá de tres miembros titulares, los que se renovarán íntegramente cada dos años en sus cargos, y podrán ser reelegidos indefinidamente (artículo 54 RLGC).

(c) El gerente es el ejecutor de los acuerdos y órdenes del consejo de administración y representa judicialmente a la cooperativa (artículos 27 LGC y 84 RLGC). Las cooperativas de trabajo están dispensadas de la obligación de designar un consejo de administración si no superan los diez socios. Cuando se omita dicha designación, al gerente, que será designado en este caso excepcional por la junta general de socios, le corresponderán las atribuciones que la ley y su reglamento confieren al consejo de administración. La junta general puede disponer, empero, que el gerente desempeñe todo o parte de las atribuciones correspondientes al consejo de administración en conjunto con uno o más socios que se individualizarán al efecto (artículo 61 LGC).

(d) La junta de vigilancia aplica al interior de las cooperativas el principio político de los frenos y contrapesos en el ejercicio del poder de gobierno. Ella

se compone de cinco miembros nombrados por la junta general, dos de los cuales pueden ser personas ajenas a la cooperativa que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 80 RLGC. Su función es examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros de la entidad y las demás atribuciones que se establezcan en los estatutos y en el reglamento (artículos 28 LGC y 72 RLGC). Función similar desempeñan los auditores externos, que por su propio carácter deben ser ajenos de las cooperativas que auditen (artículo 119 RLGC). Su tarea consiste igualmente en examinar la contabilidad, inventario, balances y otros estados financieros y expresar su opinión profesional e independiente sobre dichos documentos (artículo 121 RLGC). En las cooperativas de ahorro y crédito es necesario contar, además, con un comité de crédito, cuyos miembros son designados por el consejo de administración (artículo 90 LGC).

## 8. Registro y control de las cooperativas

Fuera de la inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces correspondiente requerida como formalidad de constitución (artículo 7° LGC), las cooperativas deben inscribirse en el registro que lleva el Departamento de Cooperativas; dicho organismo podrá objetar el contenido del acta de constitución o sus extractos, si infringen normas legales o reglamentarias (artículos 9 y 10 RLGC).

Las cooperativas se encuentran sujetas a la supervisión del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, quien la ejerce a través del Departamento de Cooperativas dependiente de la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño (Capítulo IV LGC y Título IX RLGC). Otro organismo que ejerce algún grado de vigilancia sobre ellas es el Servicio de Impuestos Internos, debido a que gozan de una serie de privilegios y exenciones tributarias (Título VII LGC y artículo 17 del Decreto ley 824/1974), cuya extensión a terceras personas o fines diversos es necesario controlar (artículo 4° LGC). En fin, existen cooperativas que por su propia actividad se encuentran relacionadas con la Administración pública a través de otro tipo de relaciones. Es el caso, por ejemplo, de las cooperativas de abastecimiento y distribución de energía eléctrica, que se rigen además por el Decreto con fuerza de ley 1/1982, del Ministerio de Minería (artículos 72 LGC y 161 RLGC); o de las cooperativas de ahorro y crédito, que sólo pueden realizar las actividades enumeradas en el artículo 86 LGC bajo las condiciones, requisitos y modalidades que establezca el Banco Central de Chile. Asimismo, para la realización de las operaciones mencionadas en el artículo 86 b), h), i), k) y n) LGC, las cooperativas de ahorro y crédito deben contar con un patrimonio pagado igual o superior

a 400.000 unidades de fomento y encontrarse sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (artículo 87 LGC). A esta misma fiscalización queda sujeta toda cooperativa de ahorro y crédito cuyo patrimonio exceda ese límite, respecto de las operaciones económicas que realice en cumplimiento de su objeto (artículo 87 LGC).

## 9. *Modificaciones estructurales*

La fusión, división y transformación de las cooperativas viene tratada en los Títulos VI LGC y VI RLGC.

La ley permite que dos o más cooperativas puedan fusionarse sin liquidarse previamente y reconoce dos formas de concretar esta modificación estructural: la fusión por creación y la fusión por incorporación (artículo 45 LGC). Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más cooperativas que se disuelven, se aportan a una nueva cooperativa que se constituye con ese propósito (artículo 45 III LGC). Hay fusión por incorporación, cuando una o más cooperativas que se disuelven son absorbidas por una cooperativa ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos (artículo 45 IV LGC).

La división consiste, por su parte, en la distribución del patrimonio de la cooperativa entre sí y una o más cooperativas que se constituyan al efecto, correspondiéndoles a los socios de la cooperativa dividida la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas entidades que aquella que poseían en la cooperativa que se divide (artículo 46 II LGC).

En fin, la transformación es una modificación de los estatutos de una cooperativa mediante la cual se la somete a un régimen jurídico aplicable a otro tipo de sociedad, subsistiendo su personalidad jurídica (artículo 46 III LGC).

La decisión de fusionarse, dividirse o transformarse debe ser acordada por una junta general convocada al efecto en cada una de las cooperativas que participan en el proceso [artículo 23 e) LGC]. En forma previa a la adopción de ese acuerdo de fusión, división o transformación, se han de someter a la consideración de la junta general los siguientes documentos: (i) los balances de la o las cooperativas involucradas; (ii) los estados de resultados correspondientes; (iii) una memoria explicativa que refleje el real estado económico de la empresa; y (iv) los informes periciales que procedieren (artículos

45 VI y VIII y 46 IV LGC y 122 I RLGC). Dichos antecedentes deberán ser presentados por profesionales independientes, y su antigüedad no podrá ser superior a los sesenta días anteriores a la fecha de la junta convocada para acordar la fusión, división o transformación (artículos 45 VI y VIII y 46 IV LGC y 122 II RLGC). Aprobados estos antecedentes y la modificación estructural propuesta, la junta sancionará los estatutos de las cooperativas que subsisten o se crean como consecuencia de aquélla (artículo 46 VI y VIII LGC) y procederá a absorber las pérdidas acumuladas que existan a la fecha de dicho acuerdo (artículo 123 I RLGC). En caso de división de una cooperativa, se dividirán asimismo las reservas legales, las que pasarán a integrar el patrimonio de aquellas entidades que se creen, en la proporción que estipulen los socios (artículo 123 II RLGC). Después de cumplidos estos trámites, el consejo de administración de la nueva entidad o de aquella que subsiste deberá distribuir directamente las nuevas cuotas de participación entre los socios de las entidades fusionadas, divididas o transformadas en la proporción correspondiente (artículos 46 VIII LGC y 123 III RLGC). Los excedentes generados por cada cooperativa en el ejercicio en que se realice la fusión o división pertenecerán a los socios de aquélla en que se produjeron y se distribuirán de conformidad a sus propios estatutos (artículo 46 IX LGC). Lo mismo ocurrirá con las reservas legales, que podrán distribuirse según las reglas de la disolución cuando así lo permita el régimen de la entidad que surja tras la fusión o transformación (artículo 123 III RLGC).

Como medida de protección se establece que ningún socio, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de la fusión, división o transformación de la cooperativa a la cual pertenece (artículos 45 VII y 46 V LGC).

## 10. Régimen tributario

Las cooperativas gozan de un régimen tributario más beneficioso que aquel que se aplica a las sociedades en general y esto se manifiesta en una serie de exenciones y particularidades relacionadas con el pago de los siguientes impuestos:

- (a) En general, la ley considera que las cooperativas no producen utilidades (artículo 53 LGC) y, por consiguiente, sólo están afectas al impuesto a la renta por aquella parte del remanente correspondiente a las operaciones realizadas con terceros, el que se determina aplicando la relación porcentual existente entre el monto de los ingresos brutos de las operaciones efectuadas con aquéllos y el monto total de los ingresos de todas las operaciones

desarrolladas por la entidad (artículos 4º, 49 III y 51 LGC y 17 núm. 2º del Decreto ley 824/1974). Distinto es el caso de las cooperativas especiales y de las agencias de cooperativas extranjeras constituidas en el país, que se encuentran sometidas al mismo régimen tributario de las sociedades anónimas y los socios al de los accionistas. Para estos efectos, el remanente se considera como utilidad del ejercicio (artículos 100 y 122 LGC) y tributa como renta a través de los impuestos de primera categoría (artículo 20 de la Ley del impuesto a la renta) y global complementario (artículo 52 de la Ley de impuesto a la renta). Algo similar ocurre con la distribución de excedentes o participaciones entre los socios de una cooperativa de trabajo, que se califican como rentas provenientes de una forma de trabajo dependiente y quedan gravadas con el impuesto único señalado en el artículo 42 núm. 1º de la Ley de impuesto a la renta (artículo 17 núm. 5º del Decreto ley 824/1974). Por lo que atañe al impuesto de primera categoría, los socios no tributan por el mayor valor de sus cuotas de participación (artículos 50 LGC y 17 núm. 25 de la Ley de impuesto a la renta) ni por el aumento del valor nominal de éstas o de sus cuotas de ahorro (artículo 51 LGC), y tampoco deben hacerlo por las operaciones que la cooperativa ha realizado con ellos dentro de su giro habitual (artículos 52 LGC y 17 núm. 4º del Decreto ley 824/1974), dado que el producto de las mismas se reputa un ingreso no constitutivo de renta (Oficio del Servicio de Impuestos Internos núm. 549/2008). Por el contrario, los socios sí han de tributar por los excedentes que reciban de la cooperativa, para cuyo efecto la ley distingue entre los socios a quienes se aplica un régimen de renta efectiva y aquellos afectos a uno de renta presunta (Oficio del Servicio de Impuestos Internos núm. 1397/2011).

(b) Las cooperativas están afectas al impuesto al valor agregado de conformidad a lo establecido en el Decreto ley 825/1974 [artículo 49 a) LGC]. Según este último, los servicios prestados por las cooperativas a los socios dentro de su objeto específico quedan fuera del hecho gravado con dicho impuesto (artículo 5º II del Decreto supremo 55/1977, del Ministerio de Hacienda), pero no así las ventas que aquéllas realicen a favor de éstos en la medida que satisfagan el supuesto del artículo 2º núm. 1º del Decreto ley 825/1974.

(c) Las cooperativas están exentas de la totalidad de los impuestos contemplados en el Decreto ley 3475/1980 en todos los actos relativos a su constitución, registro, funcionamiento interno y actuaciones judiciales [artículo 49 b) LGC]. Igualmente, las cooperativas escolares están exentas de todos los impuestos fiscales y municipales, con la sola salvedad del impuesto al valor agregado en las condiciones antedichas (artículo 70 II LGC).

(d) Sin importar su clase, las cooperativas están exentas asimismo del 50% de todas las contribuciones, derechos, impuestos y patentes municipales, salvo los que se refieren a la elaboración o expendio de bebidas alcohólicas y tabaco [artículo 49 c) LGC], y, residualmente, de cualquier otra contribución,

impuesto, tasa y demás gravámenes impositivos a favor del Fisco [artículo 49 a) LGC].

## 11. *Instancias de cooperación entre las cooperativas*

En principio, no existe ningún impedimento para que las cooperativas se integren en un grupo empresarial (Títulos XV y XXV de la Ley 18.045). La única limitación es la imposibilidad de establecer con ellos combinaciones o acuerdos que hagan participar a éstos directa o indirectamente de los beneficios tributarios o de otro orden que el derecho cooperativo otorgue a estas entidades (artículo 4º LGC).

A diferencia de otras legislaciones, la ley chilena no se ocupa especialmente de los grupos cooperativos como modalidad diferenciada. Sin embargo, la idea de tal no es completamente ajena al sistema de la ley, como lo demuestra el hecho de que el artículo 23 LGC contiene dos referencias a las filiales de una cooperativa al tratar de las materias que son de conocimiento de la junta general de socios. En aquella también se permite que una persona jurídica pueda ser socio de una cooperativa (artículo 13 LGC) y se alude a su participación en otras cooperativas o sociedades (artículo 41 LGC). Otra referencia indirecta al concepto de grupo empresarial se encuentra en el artículo 85 RLGC, donde se señala que, conforme dispongan los estatutos, el gerente de una cooperativa no puede realizar en forma particular actividades que compitan o sean similares con el giro propio de la entidad o de sus empresas relacionadas.

Uniéndolo a estas referencias cabe concluir que una cooperativa puede ser cabeza de un grupo jerárquico, el que puede estar integrado sólo por cooperativas o también por otras clases de sociedades. Nada impide, además, que se produzca la situación inversa, vale decir, que una cooperativa forme parte de un grupo jerárquico como sociedad dominada, dado que cualquier persona, natural o jurídica, puede ser socio de una cooperativa (artículo 13 LGC). En tal caso, empero, el problema estriba en determinar si una persona puede ostentar el carácter de controlador respecto de una cooperativa, dado que en ellas la regla general es un voto por persona (artículos 1º y 22 LGC), y el artículo 97 de la Ley 18.045 describe al controlador de una sociedad como toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para asegurar la mayoría de votos en la respectiva asamblea y elegir a la mayoría de los directores o administradores, o bien para influir decisivamente en la administración de la sociedad. La

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

segunda de estas formas de convertirse en controlador es imposible de aplicar respecto de las cooperativas, pues exige controlar al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones (artículo 99 de la Ley 18.045), situación de dominación que en las cooperativas impide el principio de gestión democrática que las inspira. De ahí que para controlar una cooperativa sea menester contar necesariamente con un acuerdo de actuación conjunta (artículo 98 de la Ley 18.045).

Según ha quedado dicho, la Ley general de cooperativas no trata directamente de las cooperativas de segundo grado, aunque el término no es totalmente ajeno a su sistema (artículo 22 LGC). La regla general contenida en el artículo 13 LGC es que pueden ser socios de una cooperativa tanto las personas naturales como las personas jurídicas de derecho público o privado. Esto significa que los únicos límites de incorporación son el porcentaje máximo de participación en el capital (artículos 17 y 95 LGC), la prohibición de crear cuotas de participación de organización y privilegiadas (artículo 33 LGC) y los derivados de la clase de cooperativa de que se trata. Además, la ley reconoce la posibilidad de constituir filiales [artículo 23 h) y n) LGC], entendiendo por tales aquellas organizaciones en que una cooperativa controla directamente, o a través de otra persona natural o jurídica, más del 50% de su capital [artículo 23 h) LGC]; y el hecho de que éstas puedan encontrarse relacionadas con otras empresas (artículos 42 LGC, 95 RLGC y 100 de la Ley 18.045).

Otra modalidad de cooperación es la congregación de las cooperativas en estructuras de grado superior, sin importar la naturaleza que ellas revistan o el nombre que se les asigne. Merced de ella se crean uniones, federaciones y confederaciones, cuya finalidad es velar por los intereses y complementar y facilitar el cumplimiento de los objetivos de dichas entidades, cooperando con su labor y realizando al efecto cualesquiera actividad de producción de bienes o de prestación de servicios que se señale en sus estatutos (artículo 103 LGC).

Esta modalidad de cooperación tiene una larga data en el cooperativismo chileno y es considerada por la ley como una de las características fundamentales de esta clase de asociaciones (artículo 1° LGC). Las dos primeras organizaciones de integración cooperativa fueron creadas al amparo de la Ley 4058, según su texto dado por el Decreto ley 596/1932, como fue el caso de la Federación Chilena de Cooperativas de Ahorro y

Crédito (FECRECOOP, 1945) y de la Federación de Cooperativas de Vivienda (FECOVIP, 1958); mientras que las dos siguientes lo fueron bajo el imperio del Decreto reglamentario 20/1963 de la Corporación de Reforma Agraria, como ocurrió con la Federación Nacional de Cooperativas Eléctricas (FENACOPEL, 1963) y con el Instituto Chileno de Educación Cooperativa (ICECOOP, 1963). El mayor incentivo a esta forma de cooperación se produce, empero, durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970), período en el que se da un particular impulso a la labor de ciertos organismos estatales que favorecieron de manera directa o indirecta el desarrollo de las cooperativas, como la Corporación de Reforma Agraria (CORA) y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), ambos creados al amparo de la Ley 15.020. En este período nace, además, el Departamento de Desarrollo Cooperativo del Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC, 1967), y se constituyen dos organizaciones de integración cooperativa de gran importancia, como fueron el Instituto de Financiamiento Cooperativo (IFICOOP, 1964) y la Confederación General de Cooperativas de Chile (CONFECOOP-CHILE LIMITADA, 1969); y también otras de menor alcance, como la Sociedad Auxiliar de Cooperativas de Vivienda (INVICOOP, 1969), el Instituto de Auditoría Cooperativa (AUDICOOP, 1970) y la Confederación Nacional de Federaciones Cooperativas Campesinas (CAMPOCOOP, 1970).

El Capítulo III LGC y el Título IX RLGC están dedicados a las federaciones, confederaciones e institutos auxiliares. Estos últimos son entidades destinadas a proporcionar servicios de asesoría, técnicos, educacionales y económicos preferentemente a las cooperativas, federaciones, confederaciones, grupos precooperativos y a otros institutos auxiliares, pudiendo asimismo participar en la organización de industrias y servicios de cualquiera naturaleza, en beneficio de las cooperativas y de los socios de éstas (artículo 104 LGC).

De acuerdo con el artículo 101 LGC, las federaciones están constituidas por tres o más cooperativas, las confederaciones por tres o más federaciones y los institutos auxiliares por siete o más personas jurídicas de derecho público, cooperativas u otras personas jurídicas de derecho privado que no persiguen fines de lucro (corporaciones, fundaciones, asociaciones gremiales, sindicatos, juntas de vecinos, organizaciones comunitarias, asociaciones indígenas, mutualidades y asociaciones constituidas merced de la Ley 20.500). A las dos primeras pueden pertenecer también como socios otras

personas jurídicas de derecho público o de derecho privado que no persigan fines de lucro. Para todos los efectos legales y reglamentarios, estas tres modalidades de cooperación asociativa se consideran cooperativas (artículos 102 LGC y 162 RLGC) y deben cumplir los encargos que les solicite el organismo fiscalizador o los árbitros que figuren en el Registro de Árbitros confeccionado por la Confederación General de Cooperativas de Chile (CONFECOOP-CHILE LIMITADA) o por otros organismos de integración cooperativa, aun cuando la cooperativa en la cual hayan de cumplirlos no sea uno de sus miembros (artículo 163 RLGC).

### III. El futuro

Desde la publicación del Decreto con fuerza de ley 5/2003 se han sucedido distintas iniciativas destinadas a modificar el texto de la ley en uno u otro aspecto. De éstos el de mayor relevancia hasta ahora era el presentado el 9 de marzo de 2010 por la moción del entonces senador Guillermo Vásquez Ubeda (Partido Radical Socialdemócrata), que perseguía introducir diversas modificaciones en la Ley general de cooperativas con el propósito de reforzar el carácter asociativo y la ausencia de ánimo de lucro que inspira a estas entidades (Boletín 6836-03).

Ese proyecto ha cedido su lugar a otro de 4 de enero de 2012 y que fue presentado a la Cámara de Diputados por el Presidente Sebastián Piñera mediante el Mensaje núm. 270-359 (Boletín 8132-26). Este último pretende modernizar la ley en una serie de aspectos de importancia y tiene los siguientes objetivos: (i) flexibilizar los requisitos necesarios para la constitución de las cooperativas y fortalecer su capacidad de gestión, preservando su carácter participativo (disminución del número de socios exigidos para formar una cooperativa, simplificación de las formalidades de convocatoria a junta general y del procedimiento de adopción de decisiones en cooperativas de menos de 20 socios); (ii) incentivar la eficiencia económica y la sustentabilidad financiera, otorgándoles estabilidad patrimonial mediante la participación de socios inversionistas (creación de la figura del socio inversor, sujeción al artículo 28 de la Ley general de bancos de los socios que superen el 10% del capital de una cooperativa de ahorro y crédito, limitaciones al retiro de capital respecto de los socios que sobrepasen el 20% del mismo, creación de una reserva legal obligatoria en cualquier cooperativa con un porcentaje no inferior al 20% del remanente); (iii) actualizar el marco normativo de las

cooperativas de ahorro y crédito, mejorando su competitividad en el mercado (aumento del capital mínimo exigido para su constitución de 1000 a 10.000 unidades de fomento, facultad de constituir o tener participación en sociedades filiales para aquellas cooperativas de ahorro y crédito que tengan un patrimonio superior a 400.000 unidades de fomento, supervisión y fiscalización de esas mismas cooperativas sólo por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras); (iv) mejorar las facultades otorgadas al Departamento de Cooperativas para sancionar adecuadamente las conductas que afectan la sana administración cooperativa (tipificación de las infracciones a la ley, aumento del montante de las sanciones pecuniarias y otorgamiento a dicha repartición, en caso de infracciones reiteradas, de la facultad de remover parcial o totalmente a los miembros del consejo de administración o al gerente general, o a ambos, y convocar a junta general dentro de un plazo de 30 días para celebrar nuevas elecciones); (v) corregir errores de referencia, eliminar algunas normas sin aplicación y aclarar interpretaciones equivocadas producto de la aplicación de la Ley general de cooperativas.

Pese a la extensión y profundidad con que son abordadas las materias en este proyecto, todavía queda pendiente el desafío de introducir criterios de flexibilidad y progresión que permitan que el marco normativo se adapte paulatinamente a la realidad concreta de cada ámbito o grupo de cooperativas. Asimismo, algunos aspectos sensibles para el sector cooperativo, como acaece con la función de fiscalización y supervisión del Departamento de Cooperativas, merecen una revisión más acuciosa orientada a la gradualidad, en la línea propuesta por el así llamado «Estatuto de las empresas de menor tamaño» (Ley 20.416). En un plano más técnico, sería deseable que el nuevo texto de la Ley general de cooperativas incluyera: (i) la mención expresa de los principios y valores cooperativos como criterios hermenéuticos de la ley; (ii) una referencia expresa a la interdicción de las discriminaciones basadas en el sexo y en la raza en consonancia con la orientación de la Ley 20.609; (iii) una regulación más minuciosa del procedimiento de ingreso de un socio a una cooperativa; (iv) una mayor claridad sobre los grupos cooperativos (materia sólo esbozada en el proyecto respecto de las cooperativas de ahorro y crédito); (v) la necesidad de hacer referencia al interés por la comunidad como parte del desenvolvimiento de la actividad cooperativa.

## Conclusiones

Las cooperativas tienen presencia en Chile desde 1887, aunque sólo fueron reconocidas legislativamente a partir de 1924, año en que se promulgó la primera Ley general de cooperativas (Ley 4058). Desde entonces se han sucedido una serie de modificaciones, que han forzado la necesidad de racionalizar su texto mediante refundiciones, coordinaciones y sistematizaciones. La última de ellas se contiene en el Decreto con fuerza de ley 5/2003, dictado en cumplimiento de la habilitación conferida al gobierno en la Ley 19.832, cuyas disposiciones vienen complementadas por un reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 101/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. El último proyecto presentado en el Congreso Nacional, destinado perfeccionar el modelo cooperativo dentro de la línea de apoyo al emprendimiento iniciada con el Estatuto de las empresa de menor tamaño (Ley 20.416), puede ayudar a que las cooperativas recuperen en parte el papel que desempeñaron durante buena parte del siglo pasado, cuando comportaron uno de los motores del crecimiento económico y de la promoción social.

Para el derecho chileno, la cooperativa es una persona jurídica de creación legal sin reconocimiento constitucional ni mayor incentivo estatal dentro del engranaje económico del país, basada en el principio de ayuda mutua y cuyo principal objetivo es mejorar las condiciones de vida de sus socios (artículos 1° y 5° LGC). De ahí que una de sus características fundamentales sea el que los socios tienen iguales derechos y obligaciones y un solo voto por persona, tanto en lo que se refiere a la elección para cargos sociales como en lo relativo a las proposiciones que se formulen (artículos 1° y 22 LGC), dado que la maximización del capital no es un fin prioritario para la marcha de la entidad (artículo 53 LGC). Llevado este principio al plano de la gestión, se traduce en la democracia participativa mediante la cual la cooperativa es administrada a través la junta general de socios, considerada su autoridad suprema (artículos 21 LGC y 26 RLGC), y de aquellos órganos que a ella se subordinan. Dicha junta se constituye por la reunión de los socios que figuren debidamente inscritos en el registro social y los acuerdos que adopte, con sujeción a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias, son obligatorios para todos los socios. Por tratarse de una entidad sin fines de lucro, las cooperativas no producen utilidades (artículo 53 LGC) y tienen un tratamiento tributario concordante con ese carácter y más favorable que el de otros agentes del mercado ajenos a la esfera de la economía social.

El futuro de la sociedad civil está en los incentivos que se brinden a los cuerpos intermedios para llevar a cabo su labor dentro de un correcto entendimiento de la subsidiaridad que respecto de ellos ha de observar el Estado (artículo 1° II de la Constitución Política), permitiendo que aquéllos se ordenen a conseguir un desarrollo humano integral de cara a una cabal búsqueda del bien común y el progreso del país (artículo 1° III de la Constitución Política). En este ámbito, las cooperativas pueden cumplir una función trascendental y casi insustituible por su propio diseño institucional, sirviendo como una herramienta de gran valor para la superación de la pobreza, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, una mejor distribución del ingreso y la explotación de determinadas actividades económicas de gran sensibilidad social (artículo 1° IV de la Constitución Política). A este respecto, el carácter de cuerpo intermedio que revisten las cooperativas impone el Estado el deber de promoverlas y apoyarlas al menos de una forma equivalente a otras formas asociativas, por exigirlo así los principios de igualdad (artículo 19 núm. 2° de la Constitución Política y Ley 20.609) y de incentivo a las iniciativas asociativas desarrolladas en el seno de la sociedad civil (artículo 2° de la Ley 20.500), que comporta una manifestación de la faceta activa del mentado principio de subsidiaridad (artículo 1° II de la Constitución Política). Sin embargo, para que ellas puedan cumplir con esta misión de revalorización del asociacionismo y la participación activa de los ciudadanos, no basta con que cada día más personas se involucren en las actividades de una cooperativa (como de hecho ha seguido ocurrido sostenidamente con los años), sino que es menester que se emprenda una reforma del marco jurídico actualmente existente para adaptarlo a la última definición del ideario efectuado por la Alianza Cooperativa Internacional y a las concretas necesidades sociales y económicas que hoy requieren de soluciones efectivas, de suerte que el ordenamiento cooperativo sea más flexible y eficaz y pueda verdaderamente satisfacer el propósito de ayuda mutua que lo inspira. Todo ello sin olvidar que nos encontramos frente a empresas que, pese a comportar una unidad de factores productivos y trabajo, operan bajo la lógica de la economía social, esto es, bajo constantes que la separan tanto de las actividades económicas desarrolladas por las empresas públicas como por aquellas inspiradas en un principio de maximización del capital.

## Nota bibliográfica

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

El conjunto de fuentes de origen legal y administrativo que componen el derecho cooperativo chileno puede ser consultado y descargado en la sección sobre «Normativa» del sitio Web de la Dirección de Cooperativas dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (<http://www.decoop.gob.cl/>), que cuenta además con otras informaciones relevantes sobre este ámbito de la actividad económica. Por su parte, las leyes y jurisprudencia administrativa referida al régimen tributario de las cooperativas pueden ser revisadas en el sitio Web del Servicio de Impuestos Internos (<http://home.sii.cl/>). En fin, el texto y estado de tramitación de los proyectos de reforma actualmente en discusión en el Congreso Nacional pueden ser consultados en los sitios Web de la Cámara de Diputados (<http://www.camara.cl/>) y del Senado (<http://www.senado.cl/>), desde los que también es posible acceder a aquellos otros que aquí no han sido mencionados.

Pese a la larga presencia de las cooperativas en la actividad económica del país, y salvo algunos esfuerzos dignos de encomio, ellas no han concitado mayor atención de parte de la literatura científica, que entiende agotado el derecho de asociaciones en las modalidades de sociedades civiles y mercantiles. Es necesario, pues, emprender con rigor un esfuerzo de reflexión y análisis sobre el «núcleo dogmático» del derecho cooperativo, integrado por las instituciones, reglas y principios que otorgan especificidad a esta disciplina. Esa tarea es más sencilla de emprender en el derecho cooperativo que en otras parcelas, porque a su respecto existe una *Declaración sobre identidad cooperativa*, publicada en 1995 por la Alianza Cooperativa Internacional, que contiene una definición mínima de estas entidades, la enunciación de los valores que deben encarnar y la explicación de los siete principios que marcan las pautas mediante las cuales esos valores son puestos en práctica. Además, en el ámbito continental existe una Ley marco para las cooperativas de América Latina, que fue preparada por la Alianza Cooperativa Internacional para las Américas inicialmente en 1988 y revisada posteriormente en 2008, fuera de otros textos específicos aprobados por el MERCOSUR, bloque comercial del cual Chile sólo es Estado asociado.

En lo que atañe al detalle de la literatura existente, el tratado más completo y actual es el de Juan Pablo ROMÁN RODRÍGUEZ, *Cooperativas* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing y ThomsonReuters, 2012), que corresponde a una reelaboración de su *Introducción al derecho cooperativo chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), redactado de acuerdo con la legislación anterior. Con menor pretensión y, por tanto, más breves, aunque igualmente útiles para acercarse a la disciplina cooperativa del Decreto con fuerza de ley 5/2003, son la monografía de Gloria MOLINA PINILLA, *Cooperativas, entidades necesarias para el desarrollo del Estado de Derecho* (Santiago, Librotecnia, 2007), y el documento de trabajo preparado por Ernesto PÉREZ AROCA, Mario RADRIGÁN RUBIO y Gabriela MARTÍN ARMENGOL, *Situación actual del cooperativismo en Chile* (Santiago, Programa interdisciplinario de estudios asociativos Pro-Asocia/Universidad de Chile, 2003). También es interesante por su finalidad informativa la colaboración de Jorge GOMPERTZ PUMARINO, «La legislación cooperativa en Chile», incluido en el volumen colectivo al cuidado de Dante CRACOGNA, *La legislación cooperativa en los países andinos* (San José de Costa Rica, Alianza Cooperativa Internacional para las Américas, 2009, pp. 35-84). Con el mismo formato, pero referido a un aspecto particular de su régimen, es el trabajo del mismo autor sobre «La tributación cooperativa en Chile», que forma parte del volumen también a cargo de Dante CRACOGNA, *La tributación cooperativa en los países andinos* (San José de Costa Rica, Alianza Cooperativa Internacional para las Américas, 2009, pp. 31-67). Una

explicación de la disciplina de la Ley general de cooperativas a la luz de los principios contenidos en la *Declaración de identidad cooperativa* (1995) puede verse en el artículo de nuestra autoría intitulado «Los principios cooperativos en la legislación chilena», publicado en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 19 (2009), pp. 201-291, donde se menciona un buen número de memorias de prueba, tesis de grado, materiales de trabajo y artículos de revista escritos sobre esta parcela en general y sobre los distintos tipos y aspectos de la actividad cooperativa en particular. De nuestra autoría es igualmente el capítulo «Cooperative Law in Chile», incluido en la obra colectiva coordinada por Dante CRACOGNA, Antonio FICI y Hagen HENRÿ, *International Handbook of Cooperative Law* (Springer, en prensas), que ofrece en inglés el contenido del apartado III de este trabajo.

Para formarse una idea de la anterior situación del derecho cooperativo chileno, son útiles las obras escritas por Sergio CARVALLO HEDERRA, *Manual de legislación cooperativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1957), y José Antonio RODRÍGUEZ VELASCO, *Derecho cooperativo chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968), así como las recopilaciones de Sergio FERNÁNDEZ FARIA, *Derecho cooperativo: legislación, jurisprudencia, prontuario* (Santiago, Editorial Quilantal, 1971), e Ismael ESPINOZA VARGAS, *Doctrina y legislación cooperativa* (Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1974).

La historia del cooperativismo en Chile viene relatada en una temprana obra de Primo BUCCHI MORELLI, *El cooperativismo en Chile* (Santiago, Imprenta Cisneros, 1929), y luego desarrollada con un mayor acervo de respaldo por Pablo SILVA MANRÍQUEZ en su *Historia del movimiento cooperativo* (Santiago, documento de trabajo interno de la CONFECOOP, 1984). Sobre épocas específicas se pueden revisar los textos preparados por SERCOTEC, *El movimiento cooperativo en Chile. Análisis del desarrollo en el período 1966-1969* (Santiago, SERCOTEC, 1970), y CONFECOOP, *El movimiento cooperativo en Chile: análisis del período 1976-1982* (Santiago, Ediciones CONFECOOP, 1983).

El período de mayor apogeo de las cooperativas se vivió durante la década de 1960, especialmente durante la segunda mitad de tal decenio, cubierta por el gobierno demócratacristiano del Presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970). La importancia dada a estas entidades se debió al papel fundamental que aquéllas jugaban dentro de la llamada «Revolución en libertad», nombre del programa presidencial de Frei con el que se perseguía emprender una reforma estructural del país desde los cuerpos intermedios y los principios del humanismo cristiano. El objetivo de ese programa económico y social era incentivar la «promoción popular», vale decir, crear organizaciones de base capaces de enfrentar los problemas de la sociedad civil en los mismos ámbitos donde la necesidad lo requiriese, de manera que a través de ellas se consiguiese mejorar las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos y potenciar el desarrollo integral del país por la senda del progreso. Fruto de estas ideas colectivistas es el perfeccionamiento de la legislación cooperativa, subsumida desde 1963 dentro del proceso de reforma agraria, y también la Ley 16.880 sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias. La función asignada a las cooperativas durante aquella época es abordada con detalle por José Polanco Varas en su libro *El efecto del pensamiento y la obra del gobierno de don Eduardo Frei en el desarrollo del movimiento cooperativo chileno* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1985). A comienzos de la década, empero, ya Carlos BURR PETRI había llamado la atención sobre la directa conexión que existe entre las cooperativas y la promoción de un sistema económico centrado en las personas en su obra

*Las cooperativas. Una economía para la libertad* (Santiago, Editorial del Pacífico, 1962). De interés son también los trabajos publicados en esos años por el Centro de Estudios Cooperativos de la Pontificia Universidad Católica de Chile y el Departamento de Relaciones del Trabajo y Desarrollo Organizacional de la Universidad de Chile, varios de ellos citados en nuestro artículo sobre los principios cooperativos, como lo son hoy aquellos producidos por el Centro de Economía Social y Cooperativa (CIESCOOP) creado en 2009 por la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, cuya actividad en pro de este sector es feraz y digna de reconocimiento. Algunas de las ideas que incidieron en el proceso de reformulación del derecho cooperativo que condujo a la dictación del Decreto Supremo 502/1978, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, pueden ser consultadas en el artículo de Rodolfo FIGUEROA FIGUEROA, «Reforma de la Ley general de cooperativas», en *Revista Chilena de Derecho* V (1975) 1-2, pp. 90-108. Una referencia a la disciplina surgida tras ese texto ofrecen Daniel NAVAS VEGA, «Las cooperativas en Chile», en *Perspectiva Económica* 57 (1987), pp. 193-228, y Carlos Gilberto VILLEGAS, *Tratado de las sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 486-499), este último integrando su exposición en un panorama general del derecho societario existente por aquel entonces (hoy modificado por distintas reformas legales relacionadas con el mercado de capitales y por la inclusión de nuevos tipos sociales y empresariales). La situación existente hacia finales del siglo XX, cuando se discutía en el Congreso Nacional el proyecto de reforma sancionado finalmente a través de la Ley 19.832, está descrito en el informe de Mario RADRIGÁN RUBIO y Pedro DEL CAMPO TOLEDO, *El sector cooperativo chileno: tradición, experiencias y proyecciones* (Santiago, CONFECOOP/CCA, 1998). Una mirada más amplia, comprensiva de todo aquel sector económico en el cual se incardinan las cooperativas, se ofrece en la colaboración de Mario RADRIGÁN RUBIO y Cristina BARRÍA KNOPF intitulada «Situación y proyecciones de la economía social en Chile» e incluida en el volumen colectivo coordinado por José María PÉREZ DE URALDE, *La economía social en Iberoamérica. Un acercamiento a su realidad* (Madrid, FUNDIBES, 2006, pp. 93-137).

En fin, algunas ligeras sugerencias para la reforma de la legislación cooperativa, escritas antes del Proyecto presentado mediante el Mensaje núm. 270-359 (Boletín núm. 8132-26), se pueden encontrar en nuestro artículo intitolado «El marco jurídico cooperativo y sus perspectivas de reforma», publicado en las actas de las primeras Jornadas chilenas de Derecho comercial [VÁSQUEZ PALMA, M.<sup>a</sup> F. (dir.), *Estudios de Derecho comercial*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011, pp. 307-321]. Una versión preliminar de esa colaboración fue expuesta en el Seminario «Marcos jurídicos para el sector cooperativo», organizado por CIESCOOP y realizado en la Universidad de Santiago de Chile el 21 de julio de 2010. Con todo, las ideas centrales de esa intervención y del texto que la desarrolla se hayan enunciadas al final del apartado IV de este trabajo.

**A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS NO ÂMBITO DAS TUTELAS DE PROVISÓRIAS E DA EVIDÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Douglas Alencar Rodrigues*

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB); ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

53

**Resumo**

A garantia de acesso à Justiça para a salvaguarda de direitos lesados ou ameaçados representa uma das garantias fundamentais da cidadania, prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) e reprisada na Constituição brasileira de 1988. A realização dessa promessa constitucional -- que não pode ser confundida com a mera possibilidade de dedução da ação perante o Poder Judiciário, mas com a efetiva certeza de que os direitos reclamados serão eficazmente tutelados, mediante procedimentos justos e em tempo razoável -- vem representando o principal desafio lançado à sociedade brasileira. Confrontado com uma carga de trabalho que cresce em proporções geométricas, o Poder Judiciário não tem conseguido responder à demanda social por Justiça, a despeito dos esforços de ordem legal e gerencial empreendidos nas últimas décadas. O advento do novo CPC (Lei 13.105, de 2015) representa um marco histórico importante no processo de busca da efetividade judicial, em razão da relevância das inovações consagradas, entre as quais a sistematização das tutelas provisórias, com a absorção do processo cautelar e da antecipação dos efeitos da tutela. A análise das tutelas provisórias e o processo do trabalho, destinado a tutelar os direitos sociais trabalhistas, é a proposta deste artigo.

**Palavras-chave:** acesso à justiça – direito processual – tutelas provisórias – efetividade

**Abstract**

Ensuring access to justice for the protection of damaged or threatened rights is one of the fundamental guarantees of citizenship, provided for in the Universal Declaration of Human Rights (Paris, 1948) and reprized in the Brazilian Constitution of 1988. The realization of this constitutional promise - which can not be confused with the mere possibility of bringing the action before the Judiciary, but the actual sure that the claimed rights will be effectively protected by fair procedures and reasonable time -- has represented the main challenge to Brazilian society. Faced with a workload that grows in geometric proportions, the judiciary has failed to respond to the demand for social justice, despite the legal and managerial order efforts in recent decades. The advent of the new CPC (Law 13.105, 2015) is an important historic mark in the process of seeking judicial effectiveness, because of the importance of consecrated innovations, including the systematization of provisional judicial order, with absorption of the injunction and the anticipation of the effects of final judicial order. The analysis of the provisional orders and the labor law procedure, aimed at protecting workers social rights, is the purpose of this article.

**Key-words:** access to justice - procedural law – provisional orders – effectiveness.

**Introdução**

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, anuncia em seu artigo 1 que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que, por serem dotados de razão e consciência, devem agir entre si com espírito de fraternidade. Também proclama a capacidade de todos para gozo dos direitos e liberdades consagrados naquele histórico documento, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (artigo 2). Ainda reafirmando a noção basilar da igualdade de todos os seres humanos em direitos e liberdades, a Declaração Universal proclama o direito à igual proteção legal (artigo 7), impondo aos estados signatários o dever de conceder a todo ser humano os remédios necessários e efetivos para a correção dos atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei (artigo 8).

No campo dos direitos sociais trabalhistas, a histórica Declaração Universal de 1948 consagrou o direito de todos ao trabalho, mediante escolhas livres, em condições justas e favoráveis, inclusive remuneratórias, com a proteção contra o desemprego e contra a discriminação salarial, assegurando-se o direito à livre associação sindical (art. 23, 1 a 4).

Com base nesses históricos e emblemáticos comandos, que pretenderam anunciar uma nova era no relacionamento entre as nações e seus súditos e mesmo entre estes últimos, diversos textos constitucionais consagram o postulado da inafastabilidade do controle judicial ou da universalidade da jurisdição, como uma das garantias fundamentais da cidadania.

No Brasil, esse postulado fundamental foi afirmado no art. 5º, XXXV, da CF de 1988, mas a realidade social brasileira pós-1988 não tem possibilitado ao Poder Judiciário o cumprimento de sua função precípua de resolução efetiva e em tempo razoável desses conflitos.

Dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativos ao ano de 2014, revelam que existia no Brasil, cerca de 70,8 milhões de ações em tramitação no Poder Judiciário, das quais 4,4 milhões perante a Justiça do Trabalho. No curso da história democrática recente que vivemos, portanto, a explosão de litigiosidade tem sido uma das mais expressivas características, convocando a atenção de sociólogos,

antropólogos, historiadores e juristas, mas particularmente daqueles encarregados da gestão do Poder Judiciário.

Mas o significado dessa garantia tem sido obscurecido em razão da expressiva demanda social por Justiça, que tem inibido a defesa pronta e efetiva dos direitos fundamentais vulnerados.

É preciso considerar que a existência de mecanismos efetivos de tutela representa um dos aspectos ou das dimensões dos direitos consagrados pelo legislador, segundo enunciavam as concepções concretistas do direito processual civil, superadas há mais de duzentos anos, por ocasião da consagração hegemônica da teoria da autonomia da relação jurídica processual e, por efeito lógico, da autonomia do direito de ação em relação ao direito material correlato.

No conjunto de reformas do sistema judicial determinadas pela EC 45, de 2004, figurou a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão encarregado, fundamentalmente, do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (CF, art. 103-B, § 4º). A partir de então, estudos sistemáticos da realidade do Poder Judiciário têm sido desenvolvidos e diversas políticas e propostas de ação estão sendo implementadas, com o objetivo de tornar efetiva a promessa constitucional de amplo, efetivo e tempestivo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).

Mas a realidade institucional inaugurada a partir da reforma judicial de 2004 veio a se somar a diversas outras introduzidas na legislação processual brasileira, a partir da década de 90 do século passado. Inúmeras modificações foram efetivadas no sistema processual brasileiro, com o objetivo de tornar efetivos os direitos assegurados pela ordem jurídica, não raras vezes, esvaziados pela incapacidade institucional da Justiça de protegê-los com efetividade e rapidez.

Nesse amplo conjunto de inovações, merecem destaque as reformas impostas pela Lei 8.952/94, que possibilitou aos juízes a antecipação dos efeitos da tutela buscada em ações judiciais, a partir da análise de pressupostos específicos vinculados ao direito questionado e à própria natureza ética da conduta assumida em juízo pela parte demandada.

Essa inovação, de ampla significação prática e jurídica, tencionou romper com a cultura de protelação indevida das disputas judiciais, usualmente adotada pelos

devedores, a partir do exercício abusivo de todas as faculdades e meios de defesa, especialmente com a apresentação interminável de recursos aos tribunais. Em suma, buscou-se inverter a lógica do interesse no retardamento das ações, a partir da consagração, no plano fático da vida ou da realidade vivencial concreta, da inversão das posições mantidas entre credor e devedor, com a antecipação da providência judicial pretendida pelo autor da ação.

Com essa inovação legal, buscou-se compensar de maneira isonômica entre os litigantes os ônus advindos do denominado “tempo fisiológico” do processo, correspondente àquele necessário à prática regular de todos os atos necessários ao julgamento adequado da disputa, afastando-se os efeitos nefastos do chamado “tempo patológico” do processo, vinculado às manobras protelatórias que eram sistematicamente adotadas pelos devedores.

Nesse conjunto de inovações legais promovidas após o advento da Constituição de 1988, merece destaque a introdução do microsistema processual das ações coletivas, inaugurado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e potencializado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que tem possibilitado a tutela massiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive e especialmente no campo das relações de trabalho.

Apesar da magnitude das inovações produzidas pelo legislador ao longo das últimas duas décadas (as quais, se não levaram à ruptura, acabaram por comprometer a unidade sistêmico-ideológica do CPC) e das políticas gerenciais implantadas pelo Poder Judiciário, as expectativas de obtenção de bons frutos na prestação jurisdicional restaram frustradas.

Por esses motivos, optou-se pela concepção de um novo e amplo sistema processual, que fosse capaz de responder às múltiplas demandas e desafios contemporâneos lançados pela sociedade brasileira ao Poder Judiciário.

Com esse espírito de resgate da unidade sistêmico-ideológica do CPC e das próprias funcionalidade e eficiência do Poder Judiciário, sobreveio a edição da Lei 13.105, em 15 de julho de 2015, responsável por introduzir o novo Código de Processo Civil (CPC), cuja vigência teve início em 18.7.2016.

As inovações introduzidas pelo novo CPC, no âmbito da magistratura do trabalho, têm sido celebradas por muitos e censuradas por outros, havendo inclusive

questionamentos já apresentados ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a propósito dos impactos possíveis dos efeitos da nova legislação no campo da jurisdição do trabalho, por aplicação dos postulados da subsidiariedade e da supletividade (art. 15 do CPC c/c o art. 769 da CLT), tal como delineado pelo órgão de cúpula do sistema judicial trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, que fez editar ato administrativo específico com esse objeto (Instrução Normativa nº 39/2016).

No bojo das muitas inovações introduzidas, merece especial destaque a valorização das vias concorrenciais de resolução de disputas, a partir da mediação, da conciliação e outros métodos consensuais, impondo-se aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165).

Com o amplo estímulo a essas vias, muitas delas seguramente mais adequadas e efetivas do que o tradicional recurso ao Poder Judiciário, o legislador ordinário subscreveu a clara e elogiável convicção, já posta em prática em outros países, de que o acesso à Justiça, tal como delineado no Texto Constitucional, não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, mas com o acesso a um sistema de proteção de direitos e resolução de disputas que pode envolver instituições públicas e privadas, pessoas naturais e jurídicas, moldadas à solução de demandas determinadas, que possuem características próprias e exigências de solução segundo critérios particulares de equidade e justiça.

Diversas outras das inovações processuais consagradas no novo CPC merecem também referência nessa introdução, entre as quais as previsões alusivas aos Incidentes de Resolução de Demandas e Recursos Repetitivos e de Desconsideração da Personalidade Jurídica, as duas primeiras vinculadas à tentativa de racionalização da gestão das ações e recursos, com prestígio à isonomia, celeridade e segurança jurídica, valores tão caros ao Estado Democrático e Direito, e a última conectada aos valores do contraditório e da ampla defesa, extirpando-se abusos e perplexidades na condução arbitrária das causas pelos órgãos do Poder Judiciário.

O propósito deste artigo, no entanto, está limitado ao exame do novo sistema de tutelas de urgência, desde então denominadas provisórias, introduzido a partir da própria extinção do processo cautelar e da consagração dos mecanismos da tutela da evidência.

Para tanto, será preciso remarcar a relevância histórica dos direitos sociais trabalhistas, que são o resultado de um processo histórico de afirmação da dignidade humana no campo das relações de produção, seguindo-se da análise dos sistemas processuais de defesa e afirmação desses direitos, no âmbito das tutelas de urgência, vigentes antes e após o advento do novo CPC.

## **1. Direitos sociais trabalhistas: reafirmando sua relevância histórica, social e política.**

Os direitos do homem são direitos históricos, que surgem gradualmente das lutas por emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. Não são direitos produzidos pela natureza ou objetivamente tidos por essenciais ao conceito do homem ideal, aliado ou excluído do processo histórico. São direitos mutáveis, sujeitos a transformações, de acordo com múltiplas variáveis sociais, econômicas e políticas, como demonstra a própria história das gerações ou dimensões de direitos humanos.

O exame da história revela que o industrial Robert Owen foi quem primeiro apresentou, em 1815, um memorial aos então plenipotenciários da Santa Aliança (Áustria, Rússia e Prússia), que venceram a guerra contra as tropas francesas lideradas por Napoleão, defendendo a ideia da universalização da legislação de regulamentação do trabalho.

Novas iniciativas nesse sentido se fizeram sentir na Inglaterra e na França ao longo do Século XIX, merecendo destaque tanto a Declaração de Direitos da Constituição francesa de 4.11.1848 -- na qual ampliado o rol de direitos fundamentais proclamado pela Assembleia Nacional em 26.8.1789, com a inclusão dos direitos à liberdade do trabalho e da indústria, da assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer --, quanto a primeira Conferência Internacional para estudo das “questões operárias”, realizada em março de 1890, em Berlim, sob os auspícios do Imperador Guilherme II.

No período que se seguiu à restauração do regime monárquico na França (pós 1815), os direitos humanos experimentaram em toda a Europa um generalizado retrocesso, patrocinado por governos conservadores e pela própria Igreja, essa última

temerosa das ideias geradas pelo “raciocínio livre”, que se produzia em oposição ao princípio da obediência, tão caro para a sustentação de seus dogmas. Desse período data a idealização do dogma da infalibilidade papal em questões de fé e moral, aprovada em Concílio realizado em 1870 pelo Papa Pio IX.

A concepção liberal que reduziu o papel do Estado a simples “cão de guarda do capitalismo”, segundo a doutrina do Estado mínimo (*laissez-faire*), produziu resultados sociais desastrosos, expostos pelo sistema de produção industrial em larga escala, desencadeado com a invenção da máquina a vapor, do tear mecânico e de outras máquinas que, gradativamente, foram substituindo braços humanos e desequilibrando a oferta de trabalho. O surgimento de novos mercados consumidores (especialmente no continente americano) e o aparecimento da grande indústria, cercada de grandes concentrações de trabalhadores, aliada aos resultados sociais iníquos gerados pela exploração desmedida da mão-de-obra, acabou criando as condições necessárias para a revisão do papel do Estado na regulação das relações privadas de produção.

Forçada pela realidade social complexa que se descortinava, a Igreja acabou revendo sua postura de abstenção, editando a Encíclica *Rerum Novarum*, subscrita pelo Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891. A partir de então, a doutrina social da Igreja passou a enfatizar a urgência da questão social, proclamando a necessidade de aliança entre o capital e o trabalho, que possuem: “[...] imperiosa necessidade uma da outra; não pode haver capital sem trabalho nem trabalho sem capital. A concorrência traz consigo a ordem e a beleza; ao contrario, de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens”.

Como resposta aos reclamos sociais por justiça e equidade no universo das relações privadas, os Textos Constitucionais do alvorecer do século XX foram marcados pela nota da preocupação social.

São emblemáticas e referenciais nesse sentido as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, às quais se somam a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (17.1.1918), a Constituição Soviética de 10.7.1918 e a Carta do Trabalho produzida pelo Estado fascista italiano em 21.4.1927.

É certo que os direitos econômicos, sociais e culturais, que compõem a segunda dimensão na história evolutiva dos direitos humanos fundamentais, promoveram a

alteração substancial do papel do Estado, dele exigindo um comportamento ativo na promoção e realização da justiça social.

Por meio dessa nova categoria de direitos, não mais se cuidava de evitar a intervenção pública na esfera particular dos cidadãos, mas, ao contrário, objetivava-se, além disso, permitir aos cidadãos, a partir da própria ação do Estado, o “direito de participarem do bem-estar social”.

Reforçando a íntima conexão entre todas as categorias de direitos fundamentais, recorda Bucci (2006, p. 3) que os direitos sociais foram formulados para assegurar a fruição dos direitos de primeira geração, assim como os direitos de terceira geração - entre os quais o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e ao desenvolvimento - foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos antes compreendidos como individuais, mas que visam a beneficiar gerações futuras, “envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados ‘direitos transgeracionais.’”

Também reforçando a historicidade desses direitos e o vínculo histórico entre as sucessivas dimensões, Sarlet (2007, p. 55) relembra que a terceira fase dos direitos humanos - entre os quais sobressaem o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, além da (discutível) liberdade de informática - foi uma resposta ao fenômeno da “poluição das liberdades”, que marca o processo de erosão e degradação dos direitos e liberdades fundamentais, em razão do uso de novas tecnologias.

Bobbio enfatiza o conteúdo histórico desses direitos, ao afirmar que:

[...] os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão ‘direitos do homem’, que é certamente enfática – ainda que oportunamente enfática -, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos direitos e deveres. Sabemos hoje que os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação (BOBBIO, 1992, p. 32).

O Direito do Trabalho figura na base desse processo histórico de luta por emancipação social, pois foi responsável por conferir caráter público a relações

essencialmente privadas, além de inocular noções de equidade no campo do direito, a partir da idéia da proteção ao “economicamente deficiente”, em claro contraste com o sentido formal do postulado da igualdade concebido pelo liberalismo burguês.

Na autorizada dicção de Comparato:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome, a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas (COMPARATO, 2004, p. 53).

Superada a perspectiva inicial de proteção do indivíduo contra o Leviatã, que havia fundamentado os direitos de primeira dimensão, compeendeu-se que o ideal da liberdade, na fase seguinte da história evolutiva dos direitos humanos, deveria ser realizado por intermédio do próprio Estado.

Surge, assim, um novo modelo de Estado, partícipe, indutor e regulador do processo econômico, responsável pela promoção do desenvolvimento e bem estar sociais. Esse novo modelo de estado, que promove uma forte intervenção na economia e passa a prestar serviços sociais, com o objetivo de garantir condições de vida digna aos indivíduos.

O chamado Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*) ou Estado Providência tornou-se referencial a partir da experiência norte-americana do New Deal, implantada por Franklin Roosevelt a partir de 1932. Consagrado em várias das nações capitalistas ocidentais, após o fim da II Guerra Mundial, esse modelo estatal acabou justificado pelas múltiplas necessidades de recuperação das economias, a partir da reconstrução de estradas e cidades, da readaptação das pessoas ao novo cenário social etc.

Na década de 70 do século XX, no entanto, o modelo de estruturação econômica que forjou o Estado de Bem Estar Social entra em crise, a partir da elevação do preço do petróleo pelos países árabes produtores, fruto de eventos vários, entre os quais o controle da produção pelos países membros da Organização dos Estados Produtores de Petróleo

(OPEP) e o apoio dos Estados Unidos da América e da Europa Ocidental a Israel na Guerra do Yom Kipur, fato que deu ensejo à ação retaliadora dos países árabes que elevaram a níveis absurdos o preço do petróleo.

Com a crise do modelo econômico capitalista que dava sustentação ao denominado Estado de Bem Estar Social, o cenário que se seguiu, composto por altas taxas de inflação e de desemprego e elevação das dívidas públicas, pôs em xeque o papel dos Estados de interventores e de promotores de políticas públicas.

É nesse contexto histórico que o ideal liberal ressurgiu, com as vitórias eleitorais da chamada “Nova Direita”, representada por Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos da América.

A proposta desses novos governos, em síntese, foi a de desconstrução do Estado de Bem Estar Social, a partir da desregulamentação dos mercados financeiros, do trabalho e do comércio, sendo esta a origem de propostas que buscaram, no Brasil, no final da década de 1990 do século passado e com inspiração nas regras do chamado “Consenso de Washington”, reduzir o papel do Estado na economia e na prestação de serviços essenciais, com ondas de privatizações e tentativas de flexibilização da legislação trabalhista.

No campo dos direitos humanos, o último quartel do século XX assiste à eclosão das sociedades de massas e de consumo, forjadas pelo progresso tecnológico e pela globalização econômica.

A despeito dos avanços tecnológicos, no entanto, assiste-se à degradação crescente do meio-ambiente, com sério comprometimento da qualidade de vida de expressivos contingentes populacionais, normalmente situados em estados periféricos, alijados ou excluídos dos benefícios proporcionados pelo estágio de desenvolvimento econômico-tecnológico alcançado. Como anota Sarlet:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, de acordo com a lição de Pérez Luño, podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de ‘poluição das liberdades’, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direitos de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e a intimidade individual

mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc., mas que suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais Sarlet (SARLET, 2007, p. 55).

Os direitos de terceira dimensão não se limitam ou se esgotam no rol acima referido por Sarlet. Na verdade, o critério base a ser adotado na qualificação desses direitos de terceira dimensão deve partir das noções de fraternidade e solidariedade, suplantando, portanto, a referência do homem singularmente considerado.

Como reflexo das diversas realidades sociais e das lutas mais recentes travadas pelo homem no seu percurso por emancipação e liberdade, os novos direitos, inscritos pela doutrina no rol da terceira dimensão, são frutos diretos do impacto das novas tecnologias, das guerras que persistem travadas em várias partes do planeta e do processo de descolonização deflagrado a partir do segundo pós-guerra.

Daí porque tais direitos são caracterizados por sua titularidade difusa ou coletiva, entre eles figurando o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Como obra inacabada, permanentemente aberta a novos influxos, o rol de direitos humanos continua sendo redefinido e revisto, pois novos direitos e novas demandas continuam sendo postulados e desenvolvidos, ora recebendo acolhida expressa em tratados internacionais e ordens jurídicas particulares, ora enfrentando processos complexos de reconhecimento.

Relembra Sarlet (2007, p. 55), nesse cenário, que existem doutrinadores que já reconhecem outros direitos nesse mesmo âmbito dimensional, entre os quais as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade e o direito à mudança de sexo.

Também digna de registro a posição original de Bonavides, para quem a "globalização dos direitos sociais" representaria o último estágio da institucionalização do Estado de Bem Estar Social, compondo, ao lado dos direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, a quarta dimensão dos direitos humanos.

## 2. As tutelas de urgência: o processo cautelar na visão clássica.

Ao sistematizar o Código de Processo de 1973, o legislador comum reservou campo próprio e autônomo para o processo cautelar, diferenciando-o do processo de conhecimento (voltado à formação do título executivo) e daquele reservado para a fase de execução (destinada ao cumprimento da coisa julgada).

É certo, ainda, que a autonomia da tutela cautelar não foi prevista de modo absoluto, tanto que prevista de modo incidental em ritos processuais especiais, como no caso das ações de mandado de segurança (Lei 1.533/52, art. 7º, II) ou mesmo da ação rescisória (art. 489 do CPC de 1973, com a redação dada pela Lei 11.280, de 2006), nos quais admitia-se a concessão de liminares, com evidente natureza cautelar (de preservação de direitos e situações jurídicas até o provimento final) ou mesmo antecipatória (de concessão efetiva da providência ou bem da vida controvertido).

No âmbito do denominado processo cautelar, não obstante, especificou o legislador alguns procedimentos específicos (alguns dos quais com natureza cautelar dúbia, pois as medidas concedidas poderiam assumir caráter satisfativo) e consagrou aos magistrados o denominado “poder geral de cautela” (art. 798). Por essa via cautelar, pretendeu outorgar aos litigantes um instrumento efetivo de proteção à segurança ou à certeza de cumprimento ou satisfação efetiva das obrigações inscritas nas coisas julgadas que seriam constituídas no âmbito do processo cognitivo ou mesmo da satisfação das obrigações já consagradas e que se encontrassem já em fase de execução propriamente ditas.

Seriam as ações cautelares incidentais ou preparatórias, a depender da existência ou não de ação judicial em curso, independentemente de seu caráter cognitivo ou mesmo executivo.

Mas, forçada pelos limites complexos da realidade conflitiva inerente à natureza humana, o poder geral de cautela dos magistrados acabou assumindo um conteúdo diferenciado ou, quando menos, distinto daquele que lhe fora originalmente idealizado pelo legislador.

O celebrado professor Galendo Lacerda, por exemplo, afirmava que:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória (LACERDA. 1987, p. 15-16).

65

Dissentindo dessa compreensão, Humberto Theodoro Junior (1989, p. 65) afirmava a existência clara de limites ao poder geral de cautela conferido aos magistrados, pois "a melhor doutrina não mais reconhece à tutela cautelar o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material". Em sua visão (op. cit., p. 109), o processo cautelar apenas objetiva "[...] garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é da sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória"

Em posição intermediária, Calmon de Passos reconhecia a possibilidade excepcional de outorga da antecipação dos efeitos da tutela, por meio da ação cautelar, fazendo-o com base nas seguintes asserções:

A cautelar é um expediente técnico assegurador da futura tutela. E só a isso o juiz está autorizado. Indaga-se: entretanto, como faz e r, se para resguardar o resultado útil do processo outro expediente inexistente fora da antecipação da própria tutela, ainda que em caráter provisório? Nestas circunstâncias, responde-se, a antecipação (liminar) é a própria cautela, identificando-se ambas. E assim, a antecipação estaria autorizada, por força de sua função cautelar (PASSOS, 1984, p. 112)

Esta intensa disputa doutrinária acerca dos reais limites e da finalidade do poder geral de cautela do magistrado, que produzia reflexos evidentes na jurisprudência, acabou dissipada com a reforma processual de 1994, por ocasião do advento da Lei 8.952, ocasião em que os artigos 273 e 461 do CPC foram substancialmente alterados, admitindo-se, desde então, não apenas a antecipação dos efeitos do provimento final pretendido, mas a própria concessão de tutela específica da obrigação ou mesmo a imposição de medidas que garantissem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Com essa inovação, editada em boa hora, o processo civil brasileiro experimentou inegável avanço, na perspectiva da garantia de efetividade os direitos postulados junto ao Poder Judiciário.

Muito embora tenha sido ressalvada a impossibilidade de concessão da antecipação quando presente o risco de irreversibilidade da medida (§ 2º do art. 273), a garantia fundamental de acesso à Justiça assumiu, a partir de então, força e vigor diferenciados, a partir da possibilidade de os juízes concederem, em sede inicial ou mesmo durante o procedimento, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, a ordem de retificação da realidade, como se o provimento final tivesse sido editado e já passado em julgado.

Esse sistema vigorou até o advento do novo CPC, que introduziu no rol das chamadas tutelas provisórias as denominadas tutelas de urgência (natureza cautelar) ou antecipatórias, ao lado da novel tutela da evidência.

### **3. As tutelas provisórias no CPC de 2015.**

De acordo com o novo CPC de 2015, as tutelas de urgência exigem, para a sua concessão, a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC de 2015), podendo o juiz exigir caução real ou fidejussória, concedendo-a no âmbito cautelar de forma liminar ou após justificação prévia (§§ 1º e 2º do art. 300 do CPC).

Já as tutelas provisórias de caráter antecipatório estão limitadas ou não serão concedidas quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 301, § 3º, do art. 300 do CPC).

Mas a novidade no âmbito das tutelas provisórias de caráter antecipatório diz com a denominada estabilização de seus efeitos, prevista no art. 304 do CPC.

Pelo novo sistema idealizado, facultou o legislador a possibilidade de o pedido inicial deduzido ficar limitado à pretensão antecipatória, cabendo ao autor expor tão-somente os contornos gerais da lide e do direito que busca realizar, além do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 303 do CPC).

Nessa situação, concedida a tutela antecipada e citado o réu, a ausência eventual de recurso contra a decisão interlocutória em questão torna estabilizada a lide, impondo-se a extinção do processo pelo juiz, mas sem prejuízo de que qualquer dos litigantes, posteriormente, mova nova ação em torno do objeto litigioso resolvido pela decisão de antecipação, cujos efeitos permanecem íntegros enquanto não desconstituídos por outra decisão de mérito a ser proferida na nova ação intentada (art. 304, §§ 1º, 2º, 3º e 6º, do CPC).

Ainda relevante observar que o direito de buscar a desestabilização da lide anteriormente resolvida deve ser exercitado no prazo de dois anos, após o que transita em julgado (art. 304, § 5º, do CPC).

No que concerne à tutela provisória de natureza cautelar, o legislador admitiu a possibilidade de que seja deduzida em sede antecedente, antes mesmo da formulação do pedido principal, mas numa só ação ou procedimento, nos exatos termos dos artigos 305 a 310 do CPC.

Para tanto, cabe ao Autor indicar a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305). Citado o réu, inaugura-se a fase probatória, se necessária (art. 306); citado e não contestada a pretensão cautelar deduzida *initio litis*, opera-se o efeito da revelia, com o julgamento antecipado da pretensão cautelar (art. 307).

Efetivada a tutela cautelar, cabe ao autor deduzir o pedido principal, nos próprios autos, em 30 dias, sob pena de cessação da eficácia da medida (artigos 308 e 309), sem prejuízo de o autor, mesmo não concedida a cautelar, propor o pedido principal (art. 310).

Uma das mais expressivas inovações consagradas no novo CPC diz com a denominada tutela da evidência, segundo a qual o juiz deverá conceder a tutela independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas seguintes situações em que: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; a petição inicial for instruída com

prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311 do CPC).

Daí porque a nova legislação processual prevê as condições ou os requisitos que devem ser considerados pelos magistrados para o exame das denominadas tutelas de urgência.

Nesse sentido, ao examinar, com a mais ampla liberdade que lhe confere a legislação, as alegações da(s) parte(s), as circunstâncias do caso e as provas apresentadas, o magistrado deve objetivamente aferir se estão presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (art. 300, 303 e 305).

No caso da tutela da evidência, diferentemente, não se exige demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas apenas que reste demonstrado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que justifica a julgamento imediato pela óbvia quebra do dever ético de probidade e colaboração (artigos 5º, 6º e 80 do CPC).

Também está autorizado o julgamento imediato quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Nessas hipóteses, esgotada a fase probatória e resolvida a questão envolvida pelos órgãos judiciais superiores, não há razão para qualquer delonga na marcha p'rocewssual, como bem dispôs o legislador (CPC, art. 311, II).

Idêntica solução deve ser aplicada quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, IV).

#### **4. O sistema de tutelas de urgência no âmbito da jurisdição trabalhista.**

Em face da origem administrativa da Justiça do Trabalho, que apenas foi integrada ao Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1946, as normas do processo do trabalho, inscritas na CLT em 1943, buscaram consagrar um procedimento singelo, rápido e efetivo.

Com esse espírito de objetividade e celeridade, as cautelares na jurisdição trabalhista não foram objeto de sistematização, embora circunscritas a hipóteses específicas (art. 659, IX e X, da CLT).

Por esse motivo, e a despeito de preservar sua autonomia científica, dispôs o legislador que o direito processual do trabalho deveria contar, subsidiariamente, com as disposições da legislação processual comum, com base na franquia inscrita no art. 769 da CLT, segundo a qual a importação das normas processuais comuns dependeria do concurso de dois requisitos: omissão na legislação processual trabalhista e compatibilidade com seus princípios.

As tutelas de urgência, de caráter cautelar e antecipatório, previstas na legislação processual comum, portanto, sempre foram amplamente aplicadas no âmbito da Justiça do Trabalho.

Marcado por singularidades e especificidades próprias em relação aos ritos do processo comum, vigora no âmbito da jurisdição trabalhista a regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, inserta no § 1º do art. 893 da CLT, com as ressalvas da Súmula 214 do TST.

Como é saído, as tutelas de urgência, por sua própria natureza, são examinadas em sede incidental ou final, o que impacta os ritos e mecanismos de impugnação.

No processo do trabalho, não havendo, regra geral, previsão para recurso imediato contra decisões interlocutórias, o mandado de segurança tem sido admitido para eventual reexame do quanto decidido no âmbito da cognição sumária, própria aos juízos de urgência, tal como consagra o item II da Súmula 414 do TST, com a seguinte redação: “no caso da tutela antecipada (ou liminar) *ser concedida* antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio”.

Ainda no âmbito do TST, vigora a Súmula 418, segundo a qual a concessão de liminar constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

À luz dessas duas diretrizes, consolidou-se a compreensão de que o TST teria reconhecido um poder absoluto ou discricionário aos magistrados para o exame das tutelas de urgência, ao mesmo tempo em que teria afastado o cabimento do mandado de segurança contra decisões denegatórias de pedidos deduzidos nesse mesmo âmbito, pois

apenas o admitiu contra decisões concessivas, o que, com todas as vênias, não me parece adequado.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a alusão à expressão "faculdade", inscrita na Súmula 418 desta Corte, remete à noção de direitos subjetivos e se confunde com a própria noção de poder pessoal advindo das regras do direito objetivo. Em outras palavras, o magistrado teria assegurado um poder quase que absoluto para o exame das tutelas de urgência, independentemente dos fatos das causas e das alegações apresentadas pelos dissidentes, sendo que, nas hipóteses em que indefere a tutela cautelar, sua decisão estaria blindada contra qualquer meio de impugnação, o que não se mostra admissível.

Ainda analisando o poder conferido aos juízes para o exame de pretensões situadas no âmbito das chamadas tutelas de urgência, entre as quais figuram as decisões proferidas em cautelares, liminares e antecipações dos efeitos da tutela, parcela expressiva da doutrina e da jurisprudência opta por aludir a um caráter ou natureza discricionária da cognição judicial.

Não parece também correta essa proposição, pois a noção de discricionariedade aplicada ao direito, nas palavras de Régnier (1997, p. 28), "encerra compreensão em torno da possibilidade de escolha conferida ao agente administrativo de agir ou não agir numa determinada direção, consultando para isso a oportunidade e conveniência da medida" .

Essa ideia de ampla discricionariedade conferida ao magistrado para o exercício da jurisdição, que parece ter sido incorporada pela Súmula 418 desta Corte, não se mostra adequada - ou, quando menos, não se mostra imune a críticas - em um sistema judiciário democrático, integrado por magistrados recrutados pelo sistema de mérito e que se sujeitam ao dever ético-jurídico de motivar suas decisões (CF, art. 93, IX).

O sistema constitucional brasileiro confere, é certo, garantias institucionais relevantes aos magistrados, as quais, longe de representar privilégios, apenas objetivam garantir aos cidadãos o mais amplo e efetivo acesso a órgãos judiciários integrados por magistrados tecnicamente preparados e verdadeiramente imparciais. Nesse exato âmbito de independência e autonomia é que se deve circunscrever a compreensão acerca do poder reconhecido aos magistrados de apreciar "livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes...". (CPC de 1973, art. 131).

É preciso ter presente que a garantia da livre persuasão racional não se destina unicamente a preservar a autonomia intelectual dos magistrados. Ao contrário, deve ser compreendida à luz de sua natureza instrumental, pois apenas se justifica na exata medida em que assegura aos cidadãos o direito à tutela efetiva, célere e imparcial de seus direitos e interesses (CF, art. 5º, XXXV). Em outras palavras, o livre convencimento motivado apenas se justifica e se legitima se vinculado ao direito fundamental assegurado aos cidadãos, de amplo acesso a juízes livres e independentes, apenas sujeitos à Constituição e às leis da República.

É relevante ponderar, ainda uma vez mais, que a antecipação dos efeitos da tutela, técnica inaugurada pela reforma processual do ano de 1994, foi idealizada para combater a já decantada crise de efetividade do Poder Judiciário, a partir da distribuição isonômica, entre os litigantes, dos ônus advindos não apenas da demora natural na efetiva resolução das milhares de ações propostas perante o Poder Judiciário - o chamado tempo fisiológico -, mas também da delonga resultante das chicanas processuais, da litigância de má-fé, dos estratagemas técnicos que apenas impediram e ainda impedem, por longos anos, a conclusão satisfatória das ações - o censurável tempo patológico do processo.

Para além desse aspecto, no entanto, é preciso ter em mente que, superada a euforia gerada há mais de duzentos anos com a consagração da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material, a doutrina processual evoluiu para realçar as concepções sucessivas da instrumentalidade e da efetividade da prestação jurisdicional, em sucessivas ondas teóricas forjadas pela complexidade crescente das relações sociais, impactadas por fatores diversos como o progresso tecnológico, a globalização econômica e o surgimento das sociedades de massa repleta de demandas advindas de constituições dirigentes.

Nesse novo contexto, a cláusula constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) assume um novo significado, assim exposto por Marinoni:

Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela. **Uma vez**

**que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva. [...]**

Como escreve Kazuo Watanabe, do princípio da inafastabilidade têm sido extraídas as garantias do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários. De acordo com o ilustre processualista, tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura "uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça", abrangente tanto das situações processuais como das substanciais, sendo que essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito. Se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela de direitos. Um sistema de tutela dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional (MARINONI, 1999, p. 112-115):

Como se percebe, a possibilidade de antecipação da tutela a que aludia o "caput" do art. 273 do CPC de 1973 não se confundia com a faculdade de o julgador promover ou não a antecipação dos efeitos do provimento judicial final pretendido. De fato, essa possibilidade não pode ser confundida com discricionariedade na concessão ou não da medida, que apenas dependia, objetivamente, e na forma da lei, (i) de requerimento formal da parte e (ii) da efetiva configuração, no plano fático, dos requisitos já então previstos da verossimilhança da alegação, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou da demonstração do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.

Tanto não havia possibilidade de exame discricionário ou facultativo do magistrado que a própria lei previa a necessidade de o juiz expor de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (§§ 1º e 4º do art. 273 do CPC), o que apenas remarcava o caráter não arbitrário do juízo de cognição sumário exercitado nesse âmbito específico de tutela de urgência, o que se coaduna aos postulados do amplo acesso à Justiça (CF, art.

5º, XXXVI), da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A indicação dos motivos que levaram ou não à concessão da tutela antecipada possibilitava, ainda, o controle por órgão judiciário distinto, como expressão do próprio direito de defesa (CF, art. 5º, XXVI).

Nesse sentido, o escólio de Watanabe:

1. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5.º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda, infelizmente, muito distante de ser concretizado, e pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.

Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance é a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos. Outros elementos são igualmente fundamentais, como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, organização de pesquisa permanente das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências igualmente importantes. [...]

16. A ausência de critérios objetivos e claros que estabelecessem, a um tempo, o direito à antecipação da tutela e as medidas de salvaguarda contra os equívocos e exageros, estava fazendo com que a tutela jurisdicional fosse concedida segundo o critério pessoal e eminentemente subjetivo de cada juiz (alguns mais rigorosos, e outros menos) no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória. E isso, como é de intuitiva percepção, estava gerando soluções injustas, além da insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito. (...) O primeiro parágrafo determina seja devidamente motivada a decisão concessiva da tutela antecipatória, indicando 'de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento'. A exigência vale também para a decisão denegatória, pois, se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida dependente de discricionariedade do juiz. O dispositivo seria, a rigor, dispensável, pois a exigência de motivação de qualquer ato decisório do juiz é hoje garantia constitucional (art. 93, inc. IX, da CF) e consta do Código de Processo Civil nos arts. 131 e 458, inc. II. Mas entendeu o legislador que a enunciação pleonástica de uma exigência teria um sentido didático importante, principalmente porque, mesmo após o preceito constitucional mencionado e as disposições da legislação ordinária, alguns juízes continuaram se utilizando dos chavões acima mencionados para a concessão ou denegação da medida liminar, violando abertamente o princípio da obrigatoriedade de fundamentação de toda e qualquer decisão (WATANABE, 1996, p.77; p89):

Nesse contexto, a ilação de que a decisão que indeferia a antecipação dos efeitos da tutela não poderia ser impugnada por meio da ação mandamental, com todas as vênias, contrariava o próprio sentido da cláusula constitucional de amplo acesso à Justiça. Afinal, de acordo com a legislação vigente, a possibilidade de impugnação às decisões judiciais por via recursal ou autônoma define-se em razão da natureza das decisões proferidas, e não do conteúdo que possam assumir.

Por isso, sendo irrecorríveis as decisões interlocutórias trabalhistas proferidas no âmbito das tutelas de urgência, a mera possibilidade de configuração de erro ou de arbitrariedade judicial faz impositivo o cabimento do mandado de segurança, única via cabível para reparar eventual lesão ou ameaça a direito líquido e certo, que pode estar configurada no âmbito da cognição cautelar liminar ou antecipatória de efeitos da tutela.

O acesso amplo e igualitário à Justiça representa uma das mais expressivas características do Estado democrático contemporâneo. Muito além de representar a simples possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa ou salvaguarda de direito ou pretensão contra lesão ou ameaça, também alcança a possibilidade de obtenção de decisões substancialmente justas, bem fundamentadas e em prazo razoável. Note-se que é possível haver violação de direito líquido e certo tanto na decisão em se defere liminar quanto na que a indefere.

Não há como concordar com a tese de que a lei atribui uma margem de discricionariedade ao órgão julgador quando este é provocado a decidir liminarmente. Afinal, se os requisitos legais para o deferimento da tutela antecipatória estão presentes, tem a parte, necessariamente, direito subjetivo à concessão da decisão de antecipação; de outro modo, quando ausentes os requisitos previstos na lei, o julgador deve indeferir o requerimento.

Modernamente, mesmo a tão decantada discricionariedade - conceito extraído do Direito Administrativo - submete-se ao controle judicial, porquanto a margem de escolha atribuída ao Administrador, traduzida na conveniência ou oportunidade para a prática dos atos, tem de ser exercida dentro de critérios razoáveis, observada a finalidade pública e os motivos que a animaram.

Assim, os atos discricionários não ficam totalmente imunes ao crivo do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), pois o espaço de liberdade concedido ao administrador não pode ser exercido ilimitadamente e de modo arbitrário.

## Conclusão

As tutelas de urgência e a tutela da evidência previstas no novo CPC são amplamente aplicáveis na Justiça do Trabalho, em que o ideal da efetividade assume muito inegável relevância e vigor, diante da natureza salarial dos créditos debatidos.

Resta, pois a expectativa de que juízes, advogados e membros do Ministério Público saibam explorar o potencial inovador das novas disposições do CPC de 2015, utilizando-as para fazer proscria a lamentável realidade de ausência de efetividade da prestação jurisdicional.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números 2015. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 3.2.2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva,

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo, Editora Saraiva. 2004.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 11. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1989.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. III, tomo I.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon. **J. J. Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1984.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**: arts. 273 e 461 do CPC. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 19, julho/setembro, 1996.

**MERCADO Y EMPRESA ANTE EL DERECHO MERCANTIL  
(APUNTES PROVISIONALES EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA)**

*José Miguel Embid Irujo*

Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Valencia)<sup>2</sup>

77

SUMARIO. I. Introducción: El Mercado y la Empresa desde la perspectiva del Derecho y, más específicamente, del Derecho Mercantil. 1. Presentación. 2. El planteamiento del análisis económico del Derecho, su influjo en la crisis económica y su desdén para el Derecho, entendido clásicamente. (a) La autorregulación como método y la abstención del legislador como mejor política legislativa. (b) El significado de los códigos de buen gobierno. (c) La “autonomía” de la crisis respecto de los argumentos economicistas precedentes. (d) Reivindicación de la autonomía de la voluntad y de su compatibilidad con las normas imperativas. El necesario equilibrio entre regulación y libertad contractual. (e) El fundamento auténtico de la crítica al análisis económico del Derecho. *Excursus* de metodología jurídica, con el uso alternativo del Derecho al fondo. II. Para un encaje más adecuado del Derecho y de la Empresa en el marco del Derecho Mercantil. 1. Premisa. 2. El Mercado y el Derecho del Mercado. (a) Planteamiento general. (b) El papel del Derecho de la competencia. (c) El Derecho de los Bienes Inmateriales. (d) Derecho del Mercado e interés general. 3. La Empresa y su inserción en la realidad social: la responsabilidad social de la empresa. (a) Introducción: la “doble faz” de la responsabilidad social de la empresa. (b) Responsabilidad social de la empresa y Derecho de sociedades. (c) Balance provisional de la responsabilidad social de la empresa. III. Consideraciones finales.

**INTRODUCCIÓN: EL MERCADO Y LA EMPRESA DESDE LA  
PERSPECTIVA DEL DERECHO Y, MÁS ESPECÍFICAMENTE, DEL  
DERECHO MERCANTIL**

**Presentación**

Es bien conocido el significado que ha tenido y, en buena medida, sigue teniendo la realidad económica de la empresa para delimitar el concepto y el contenido del Derecho Mercantil. A lo largo del siglo XX, y sobre la base de planteamientos doctrinales ampliamente difundidos, la empresa ha pasado a ser el auténtico “centro organizador” de

<sup>2</sup> El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Crisis económica y Derecho de sociedades” (DER2010-18660), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el autor y se publicará próximamente en el *Liber amicorum* dedicado al prof. José María Gondra Romero, tras su jubilación en la Universidad Complutense de Madrid (España).

nuestra disciplina, adquiriendo en algunos países, como España, un extraordinario relieve institucional, como acredita la aceptación, casi unánime, de la llamada “doctrina de la empresa” por nuestros autores. Más recientemente, y ante las insuficiencias de dicha doctrina para comprender la incesante evolución del sector del ordenamiento al que seguimos llamando Derecho Mercantil, no ha sido infrecuente la referencia al Mercado con una finalidad prácticamente idéntica a la que, con anterioridad, correspondió a la empresa. Y, del mismo modo que se señalaba la improcedencia de calificar a nuestra disciplina como el “Derecho de la empresa”, también se ha terminado por advertir, en el terreno que ahora nos ocupa, que el Derecho Mercantil no puede considerarse plenamente el Derecho del Mercado.

Con todo, la progresiva aceptación del Mercado como institución relevante para la delimitación del Derecho Mercantil, incluyendo en su ámbito a la empresa, a otros operadores económicos, así como a los consumidores, no ha llegado a adquirir un protagonismo equivalente al de la doctrina de la empresa ni ha conducido a nuestros autores a formular un entero planteamiento reconstructivo del concepto y del contenido del Derecho Mercantil articulado, en su caso, en torno al Mercado. En una época, como la actual, en la que la preocupación dogmática por la delimitación de nuestra disciplina parece haber perdido relieve entre los autores, es común despachar las cuestiones relativas al concepto del Derecho mercantil —de inevitable planteamiento, por lo demás, en la actividad docente así como en la investigación— con criterios de corte sincrético y funcional<sup>3</sup>. Se viene a aceptar, de este modo, que tanto la Empresa como el Mercado son elementos determinantes del concepto y del contenido institucional de la materia, aportando, en ambos casos, principios y criterios idóneos para la mejor resolución de los conflictos derivados del tráfico económico en masa. No obstante, esta forma, un tanto elusiva, de afrontar una cuestión tan relevante no permite poner de manifiesto el verdadero relieve que el Mercado y la Empresa efectivamente desempeñan respecto de nuestra disciplina ni entrar en el análisis de su concreto alcance, así como de sus coincidencias o interferencias a dicho efecto.

En el presente trabajo no se aspira, como parece lógico, a resolver tan arduas cuestiones ni a ofrecer tan siquiera una formulación precisa de lo que el Mercado y la Empresa representan para el Derecho Mercantil contemporáneo. Se trata, más bien, de meditar sobre su significado en el contexto de la actual crisis económica, cuya trascendencia para el Mercado y la Empresa, y también, porqué no decirlo, para nuestra disciplina, no puede ser subestimada, más allá, por supuesto, de las lacerantes consecuencias humanas que su persistencia y su profundidad están produciendo por doquier. Conviene advertir, por otra parte, que la propia crisis no puede desligarse de una cierta manera de contemplar ambas realidades, así como del papel que, respecto de ellas, está llamado a jugar el Derecho. Es bien sabido que, con anterioridad al estallido de la crisis, el denominado “análisis

<sup>3</sup> Véase, no obstante, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del Diritto commerciale*, Napoli, 2006.

económico del Derecho”, que a tal corriente de pensamiento nos estamos refiriendo<sup>4</sup>, alcanzó un predominio considerable a escala internacional, otorgando, como también es conocido, un escasísimo protagonismo al Derecho, como forma de ordenación de la vida social, y a los juristas que no sucumbieron a los cantos de sirena de la autorregulación y de la eficiencia, los dos elementos, de diferente filiación, que constituyeron (y para algunos parecen constituir todavía) la clave para la resolución de todos los problemas jurídicos.

Por estar insertos, todavía, en el torbellino de la crisis, y por la amplitud de onda de las cuestiones implicadas alrededor de las materias objeto de estudio, el presente trabajo se moverá en un terreno más cercano al ensayo que al estudio técnico-jurídico propiamente dicho, lo que se pondrá de manifiesto por la reducción del aparato crítico a una medida sensiblemente inferior a la que es usual en este último modo de expresión científica. La mayor flexibilidad que la exposición ensayística puede servir para obtener, quizá, algún resultado tangible, siempre que, claro está, a nuestro propósito le acompañe el acierto<sup>5</sup>.

## **1. El planteamiento del análisis económico del Derecho, su influjo en la crisis económica y su desdén por el Derecho, entendido clásicamente.**

(a) *La autorregulación como método y la abstención del legislador como mejor política legislativa.*

Prescindiendo de mayores matices, recordaremos que, a los efectos del presente trabajo, gran parte de las ideas vigentes desde los años ochenta del pasado siglo hasta casi nuestros días en torno al Mercado y la Empresa, derivadas en buena medida de esa metodología conceptual que representa el análisis económico del Derecho, coincidían alrededor de dos criterios básicos: de un lado, en el tratamiento de uno y otra desde una perspectiva exclusivamente económica, orientada a la consecución de la eficiencia y la maximización

---

<sup>4</sup> A la que se refería tempranamente en un trabajo, por desgracia, poco leído, J. M<sup>a</sup> GONDRA, “Del Derecho de la Economía a la moderna Economía del Derecho (Viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las Ciencias económica y jurídica)”, en *Ensayos de Economía (en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la Facultad)*, Bilbao, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 1981, pp. 49 y ss. Más recientemente, ha vuelto el autor sobre dicha corriente de pensamiento; con planteamiento general, véase J. M<sup>a</sup> GONDRA, “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de Economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la «eficiencia económica»)”, *RDM*, 1997 (296), pp. 1545 y ss., y, de manera más específica, J. M<sup>a</sup> GONDRA, “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, *RDM*, 2010 (278), pp. 1171 y ss.

<sup>5</sup> Acierto que se conseguirá cuando el ensayo represente una “sugestiva teoría de urgencia”, de acuerdo con la brillante caracterización de Pedro LAÍN ENTRALGO (“Cuatro ensayos de Ortega”, en J. ORTEGA Y GASSET, *Ensayos escogidos*, Madrid, 1997, pp. 11-13). No conviene olvidar que el propio ORTEGA concebía al ensayo como “la ciencia menos la prueba explícita”.

de la riqueza, respectivamente; de otro, en menospreciar y casi marginar cualquier contribución del Derecho (y en particular de lo que llamamos Derecho mercantil), entendido al modo clásico, en lo que atañe a su configuración institucional y a la resolución de los conflictos vinculados a su funcionamiento. Por tal razón, la única política legislativa posible desde dicho planteamiento venía a ser la de la abstención o, si se quiere, la de la intervención mínima, y siempre, en todo caso, orientada por la finalidad de la eficiencia<sup>6</sup>, como único criterio relevante para la determinación del contenido de las normas.

No obstante su nombre, las diversas corrientes metodológicas en las que se ha expresado en los últimos años el análisis económico del Derecho coinciden en suplantarse la reflexión jurídica, propiamente dicha, a la hora de comprender y regular la realidad del Mercado y de la Empresa por una determinada orientación de naturaleza exclusivamente económica<sup>7</sup>. De acuerdo con ello, desde muy diversas instancias (académicas y empresariales; privadas y públicas), se postulará la retirada del legislador de los temas que nos ocupan, la eliminación o, cuando menos, la reducción de las funciones supervisoras de las agencias públicas sobre el funcionamiento de los mercados, y, en consecuencia, la atribución a los propios protagonistas del acontecer económico, las fuerzas del mercado y las empresas, de la facultad de dictar o conformar su régimen jurídico, mediante lo que se ha venido en llamar la autorregulación. A la hora de llevar a cabo dicha tarea, consistente en que el Mercado y la Empresa (*rectius*, las fuerzas que en ellos actúan y los propios operadores empresariales) “confeccionen” por sí mismos su propio traje normativo, no habrá otra vinculación de los agentes económicos que la derivada de la naturaleza de ambas realidades, de acuerdo con los postulados económicos predominantes. En tal sentido, el Mercado se comprende como un ámbito funcional orientado a la asignación eficiente de los bienes y recursos existentes en un determinado momento; la Empresa, por su parte, viene a ser entendida como una institución de la realidad económica cuya finalidad esencial es la de maximizar las ganancias o, dicho de otro modo y cuando su titular es una sociedad anónima (por ser esta la forma jurídica de

<sup>6</sup> Por muchos, véase H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3ª ed., Tübingen, 2005.

<sup>7</sup> Con planteamiento crítico, A. RECALDE, *El papel del “Derecho” en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía*, Madrid, Fundación Alternativas (documento de trabajo 150/2009). Un juicio más favorable a la utilidad del análisis económico del Derecho puede verse en I. ORTIZ DE URBINA, “El análisis económico del Derecho: ¿Método útil o ideología nefasta?”, en C. COURTIS (ed.), *Observar la Ley. Ensayos sobre Metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, pp. 321 y ss., trabajo, por lo demás, inserto en un libro sumamente crítico con el proceder dogmático “habitual” de los juristas, al menos de ámbito continental europeo, que quizá permita entender mejor la óptica asumida por el autor.

las sociedades cotizadas, como protagonistas esenciales de la actividad empresarial en el Mercado), “crear valor para el accionista”<sup>8</sup>.

(b) *El significado de los códigos de buen gobierno.*

Son muchos los ejemplos que se podrían alegar para poner de manifiesto, en este momento, el éxito del planteamiento que hemos descrito de manera harto simplificada. Sin tiempo ahora para exponerlos, pienso que bastará con mencionar el sector del mercado de valores y, dentro de él, el régimen de las sociedades cotizadas en Bolsa, al que acabamos de aludir, cuya importancia para el sistema económico en su conjunto resulta extraordinaria, como es bien sabido. Respecto de estas relevantes formas de empresa, entendidas tradicionalmente por el Derecho mercantil como una modalidad especial de la sociedad anónima, se postuló desde las ideas economicistas que venimos analizando una especie de “desregulación” que suponía suprimir las normas, habitualmente imperativas dedicadas a ellas en los diversos ordenamientos jurídicos, sustituyéndolas por un conjunto de recomendaciones reunidas en los llamados “códigos de buen gobierno”.

Por su propia naturaleza, estos mal llamados códigos (un elemento más para apreciar la banalización del Derecho y de su técnica específica dentro del planteamiento expuesto, a la que, por desgracia, se han adherido, por activa o por pasiva, numerosas personas e instituciones) no suponen vinculación alguna para los destinatarios de sus recomendaciones, quienes pueden, a su libre albedrío, seguirlas o no, debiendo, en este último caso, explicar al Mercado las razones de su negativa. Su contenido viene referido, primariamente, a la ordenación de la estructura de dirección y representación de la sociedad, sobre todo merced a una detallada consideración de los caracteres, articulación y composición del Consejo de administración. Por residir, ahí, efectivamente, el poder efectivo de decisión de la sociedad cotizada, los códigos de buen gobierno pueden considerarse, esencialmente, un conjunto de recomendaciones relativas a las circunstancias propias de dicho órgano societario. De este modo, se comprende perfectamente que los códigos sean la expresión más aquilatada del llamado *Corporate Governance* —entre nosotros, denominado “gobierno corporativo”, aunque sería más exacto hablar de “gobernanza empresarial”—, conjunto de ideas inspiradas en la práctica empresarial norteamericana, esencialmente, y cuya finalidad básica es la de hacer posible

---

<sup>8</sup> Al respecto, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, II, Cizur Menor, 2006, pp. 851 y ss. El supuesto descrito en el texto refleja el modelo de la *shareholder primacy*, característico, ante todo, de los países anglosajones, frente al modelo *stakeholder* que, según algunos autores (H. HANSMANN/R. KRAAKMAN, “The End of History for Corporate Law”, *Georgetown Law Journal*, 2001 [89], pp. 439 y ss.), distinguiría al Derecho alemán de sociedades anónimas, de acuerdo con lo dispuesto en la *Aktiengesetz*. Sobre aquel modelo, últimamente y con ciertos apuntes críticos, A. KEAY, “Shareholder Primacy in Corporate Law: Can it Survive? Should it Survive?”, *European Company and Financial Law Review*, 2010 (7-3), pp. 369 y ss.

la ordenación de las sociedades cotizadas desde una perspectiva de autorregulación<sup>9</sup>. Pero, propiamente hablando, los códigos de buen gobierno suponen, en realidad, una suerte de autorregulación “inducida”, en cuanto las recomendaciones en ellos contenidas no son el resultado de la libre decisión de las sociedades cotizadas en Bolsa; éstas pueden, como sabemos, seguirlas, sin perjuicio, claro está, de que se desvíen de ellas o las completen, en uso directo, ahora sí, del poder de autorregulación que le reconoce el ordenamiento jurídico.

El éxito de los códigos de buen gobierno ha sido, ciertamente, elevado en todo el mundo, ya que la gran mayoría de los países han sentido la necesidad de contar con ellos, sin perjuicio, además, de su posible reforma o revisión, como ha sucedido en España, según es bien sabido. Y ello con independencia del método empleado para su elaboración: ha habido códigos de estricta factura privada, si bien predominan aquellos debidos a la labor de un equipo de expertos directamente designados desde el poder público. Esta modalidad, que es la observada entre nosotros, no implica otorgar al código en cuestión un marchamo de norma legislativa, en sentido estricto, ya que difícilmente puede atribuirse tal naturaleza a un conjunto de meras recomendaciones, no obstante la “pompa” inherente al uso del término “código”. Es verdad, no obstante, que la puesta en práctica de sus recomendaciones puede traer consigo la producción de ciertos efectos jurídicos y que el mayor o menor seguimiento de aquellas puede ser un factor relevante a la hora de apreciar, por ejemplo, la puesta en práctica de la diligencia que incumbe a los administradores de las sociedades cotizadas.

Con todo, el indudable éxito de los códigos de buen gobierno no ha traído consigo el objetivo primario que, en apariencia, se buscaba mediante su elaboración: prescindir o, en su caso, reducir al mínimo la regulación imperativa de las sociedades cotizadas en Bolsa, reduciendo, a su vez, la intensidad y amplitud de los tradicionales mecanismos públicos de supervisión en el mercado de valores. Por suerte, e introduzco ahora un opinión estrictamente subjetiva, la irrupción de los códigos de buen gobierno no trajo consigo la eliminación absoluta del Derecho imperativo (aunque para algunos sólo parecían relevantes durante una determinada época las recomendaciones de gobierno corporativo) ni suprimió la vigilancia sobre el mercado de entidades como la Comisión Nacional del Mercado de valores, entre nosotros<sup>10</sup>. Creo que puede entenderse esta valoración por mi parte si se tiene cuenta la ardua tarea que supone ordenar la compleja

<sup>9</sup> Sobre este asunto, últimamente, K.J. HOPT, “Vergleichende Corporate Governance. Forschung und internationale Regulierung”, *ZHR*, 2001 (175-4), pp. 444 y ss., D. CLARKE, “The Past and Future of Comparative Corporate Governance”, *American Journal of Comparative Law*, 2011 (LIX-1), pp. 75 y ss.; del propio prof. HOPT, uno de los referentes mundiales en materia de gobierno corporativo, pueden verse, en nuestro idioma, diversos trabajos al respecto incluidos en el volumen *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores* (coord. S. HIERRO ANIBARRO), Madrid, 2010.

<sup>10</sup> Aunque la indudable relajación de la supervisión financiera contribuyó al desencadenamiento de la crisis; al respecto, con planteamiento crítico, M. CATINO, “Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi nel fallimento dei controlli”, *Stato e Mercato*, 2010 (89-2), pp. 219 y ss.

arquitectura institucional de las sociedades cotizadas, señalando sus fines y sus principios básicos de actuación. No es preciso destacar, en este momento, la trascendencia de estas empresas para la sociedad en su conjunto y para todos nosotros; sus avatares, como hemos podido ver al hilo de ciertos nombres que se han grabado en nuestra memoria colectiva (desde Enron hasta el banco de inversiones Lehman Brothers, por citar algunas de las crisis empresariales más relevantes), van más allá de sus socios o accionistas, repercutiendo finalmente sus dificultades económicas, o incluso su quiebra, en casi todo el mundo, como consecuencia de la globalización financiera intensificada en los últimos años. Confiar, por tanto, la regulación de estos “jugadores globales” (*global players*) a los deseos o criterios de ellos mismos, expresados, esencialmente, a través de sus directivos y administradores<sup>11</sup>, no pasa de ser un ejercicio de confianza excesiva y también, como el tiempo ha terminado por demostrar, una actitud poco responsable.

(c) *La “autonomía” de la crisis respecto de los argumentos economicistas precedentes.*

De lo que vengo exponiendo, no debe deducirse, sin más, que la actual crisis económica tenga como única causa, o, en su caso, como causa determinante, el predominio, al menos en el terreno de las ideas, del análisis económico del Derecho, muchos de cuyos criterios han inspirado el comportamiento no sólo de los principales agentes económicos, sino, en buena medida, de las instituciones públicas, tanto nacionales, como internacionales<sup>12</sup>. Con ser relevante su influencia en el estado de cosas previo al desencadenamiento de la crisis —y también durante buena parte de la fase crítica ya transcurrida, lo que permite comprender retrospectivamente el desconcierto y la inacción de muchos agentes e instituciones públicas—, ha de evitarse la tentación de explicar un fenómeno tan grave, y con consecuencias cuyo alcance todavía no podemos apreciar, por el éxito, sin duda clamoroso en el pasado, de una determinada manera de concebir la razón de ser de realidades del mundo económico como el Mercado y la Empresa.

Por lo demás, la propia crisis, en su evolución, ha mostrado un perfil, cabría decir, “autónomo”, capaz de alumbrar nuevos escenarios de dificultad y de incertidumbre, repartidos de forma desigual por el mundo: de las hipotecas *subprime*, y su proceso de titulización, que constituyen el motor inicial de la crisis en la gran mayoría de los países, hemos pasado a un escenario caracterizado por los problemas de las entidades financieras, derivados o no de la clamorosa insuficiencia de aquellas garantías inmobiliarias y de la

<sup>11</sup> Cuyo poder no puede quedar exento de control; al respecto, J. M<sup>a</sup> GONDRA, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, *RDM*, 2008 (269), pp. 841 y ss.

<sup>12</sup> A pesar de que, como se ha reconocido recientemente (cfr. H. EIDENMÜLLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition and Transnational Corporations”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011 (18-2), p. 743), la crisis ha proporcionado numerosas pruebas del espectacular fracaso de la autorregulación en el sector financiero.

incapacidad de pago de quienes las asumieron, con incidencia final en la compleja situación de la deuda soberana de numerosos países europeos, entre ellos España. No parece posible ni resulta, desde luego acertado atribuir el surgimiento de estos diversos escenarios, con evolución no siempre previsible, al ideario anteriormente expuesto, con ser significativo —conviene repetirlo— su influjo en la configuración de una serie de supuestos de indudable trascendencia en el actual estado de cosas

(d) *Reivindicación de la autonomía de la voluntad y de su compatibilidad con las normas imperativas. El necesario equilibrio entre regulación y libertad contractual.*

Por otro lado, y en esta misma línea, tampoco podemos rechazar de un plumazo el criterio de autorregulación, en sí mismo considerado. Es más, su núcleo esencial constituye, como se ha advertido más arriba, un elemento básico en la concepción del Derecho privado y, por tanto, del Derecho Mercantil en la que estamos insertos desde hace varios siglos. Sin remontarnos ahora demasiado tiempo atrás en la historia del Derecho, bastará dar un repaso a nuestros códigos de Derecho privado (Civil y de Comercio) para apreciar el relevante papel que en la configuración de las instituciones jurídicas corresponde a los particulares a través del sustancial reconocimiento de la libertad contractual o, con mayor amplitud, de la autonomía de la voluntad, para no limitarnos, siquiera sea nominalmente, al terreno de del Derecho de obligaciones y contratos. En esencia, dicho reconocimiento significa confiar directamente a las personas el cuidado de sus propios intereses, haciéndose posible, de este modo, el libre desarrollo de la personalidad y el establecimiento de una serie de relaciones sociales fundadas en la autonomía de sus protagonistas.

Se dirá, con todo, que ese espíritu sustancialmente liberal, acogido en el corazón de nuestros códigos todavía vigentes —sin perjuicio, claro está, de los límites directamente impuestos en ellos a la autonomía de la voluntad de los particulares— no sirve para expresar el exacto papel que a la autorregulación se le ha de reconocer en la práctica. Y ello, en particular, tras los relevantes cambios experimentados a lo largo del siglo pasado y que en ciertos sectores del Derecho civil y mercantil han supuesto, en buena medida, un considerable crecimiento de las normas no susceptibles de ser alteradas por los particulares, es decir, las normas imperativas. Son muchas las razones que han dado fundamento a esta restricción de la clásica libertad contractual en el pasado, pudiendo resumirse, tal vez, todas ellas en la consolidación de la idea de Estado social en la mayor parte de los países, con su finalidad de lograr una situación de bienestar generalizada. Ello supuso, como es bien sabido, un considerable incremento del intervencionismo estatal, traducido en múltiples normas que, sobre la base de su finalidad protectora, suponían, de hecho, una merma significativa de la autonomía de la voluntad de los particulares, en

beneficio de una configuración más social, y pretendidamente más equitativa, del ordenamiento jurídico en amplios sectores<sup>13</sup>.

Con este trasfondo, puede entenderse quizá mejor la motivación de las corrientes ideológicas que, en torno al Mercado y la Empresa, triunfaron internacionalmente con anterioridad a la crisis económica. El progresivo desarrollo del Estado social trajo consigo, como se acaba de señalar, el aumento, posiblemente excesivo, de la regulación legislativa y una cierta reacción pendular permitiría comprender, en términos generales, el surgimiento de la tendencia proclive a eliminar barreras a la autorregulación. Siendo comprensible este planteamiento, lo singular del fenómeno que nos ocupa no reside tanto en la existencia de esa reacción pendular, sino, más bien, en su intensidad y en el consiguiente afán por convertir al Mercado y a la Empresa en realidades plenamente autónomas, al margen, como ya se ha dicho, de controles y elementos de supervisión por instancias públicas. Con esta forma de razonar, y de proceder, se diluye toda posible consideración de un interés general y el ordenamiento jurídico se termina convirtiendo en mero receptáculo pasivo de argumentos de legitimación concebidos y elaborados en otras áreas del saber, fundamentalmente de la Economía, de acuerdo con una particular tendencia ideológica orientada, como ya sabemos, hacia la consecución de la eficiencia como único patrón de medida al que quedaría vinculado no sólo el legislador, sino también el juez. No es difícil darse cuenta de que, con este planteamiento, el poder económico se convierte, de hecho, en un poder exento, o, dicho de una manera más directa, en un poder irresponsable, lo que resulta del todo incompatible con los valores esenciales del régimen constitucional en el que nos encontramos insertos.

(e) *El fundamento auténtico de la crítica al análisis económico del Derecho. Excursus de metodología jurídica, con el uso alternativo del Derecho al fondo.*

De este modo, lo que cabe censurar en el planteamiento que venimos exponiendo, al margen, claro está, de ciertas conductas individuales, provocadoras de una considerable alarma social y, por ello mismo, merecedoras de un reproche penal, es, a nuestro juicio, la radicalidad de sus presupuestos y la simplicidad de sus consecuencias, que habrán de ser tenidas por correctas si se adecuan a ese patrón de medida que es la eficiencia, sin consideración alguna por la justicia. Ha habido en esta visión de las cosas un llamativo menosprecio por el Derecho, quizá por estimarlo un formalismo inútil, cuya maquinaria conceptual, anclada en la tópica, en los lugares comunes, en la hermenéutica, apenas ha evolucionado desde que los romanos pusieron en marcha la comprensión jurídica que todavía hoy, más allá de cambios en verdad relevantes, sigue sirviendo de base sólida

<sup>13</sup> El Derecho de los consumidores, fundamentalmente centrado en los aspectos contractuales, es, quizá, el mejor exponente de lo que se indica en el texto. Entre nosotros, puede verse al respecto M. REBOLLO PUIG/M. IZQUIERDO CARRASCO (coord.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011.

para el modo de pensar y de hacer de la gran mayoría de los juristas<sup>14</sup>. Esa deficiencia, cabría decir, “estructural” del Derecho permitiría, quizá, comprender la insatisfacción que puede suscitar, desde luego ante los ojos de los patrocinadores de las corrientes de pensamiento ahora analizadas, pero, sobre todo, ante quienes son ajenos al campo de lo jurídico, y anhelan encontrar en el repertorio de ciencias y saberes humanos un conjunto de principios y técnicas seguras e inequívocas.

No es, desde luego, el planteamiento que venimos estudiando el primero (ni tampoco será el último) que desdeña al Derecho y el modo de operar de los juristas. Un sumario repaso de las corrientes de metodología jurídica surgidas a lo largo del pasado siglo XX permite poner de relieve la frecuente presencia entre ellas de destacadas orientaciones críticas para el Derecho y la técnica jurídica, muchas veces provenientes de los propios juristas, así como para su discutido carácter de auténtica disciplina científica. De este modo, y limitándonos a las tendencias críticas predominantes, en unas ocasiones, se reprocha al Derecho el predominio de un planteamiento formalista, que ahoga las aspiraciones de justicia y diluye su eficacia social, y en otras se le censura su relativa menesterosidad conceptual frente a otras ciencias, cultivadores de saberes más seguros en su delimitación y en sus consecuencias<sup>15</sup>. Merece la pena, en este momento, recordar un efímero movimiento crítico respecto de la visión consolidada del Derecho y del modo de obrar de los juristas que alcanzó cierta fama en los años setenta del pasado siglo, en algunos países europeos, como Italia, con trascendencia, no del todo irrelevante, también entre nosotros. Me refiero al así llamado “uso alternativo del Derecho”<sup>16</sup>, cuyas diferencias, aun siendo notables, con el análisis económico del Derecho al que vengo refiriéndome, permiten, quizá por contraposición, comprender mejor las características y efectos de esta última corriente de pensamiento.

También en la teoría del uso alternativo del Derecho, como en el supuesto que nos ocupa, había un punto de partida de insatisfacción sobre la utilidad del Derecho, la cual, con todo, no suponía la descalificación en bloque del mundo jurídico; se trataba, más bien, de censurar un cierto modo de obrar y de razonar que traía, como consecuencia de su formalismo y de su abstracción, consecuencias injustas para los ciudadanos en

<sup>14</sup> En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Madrid, 1982, pp. 29-30.

<sup>15</sup> Estas corrientes, cuyo análisis detenido no corresponde a este trabajo, constituyen también una reacción frente al positivismo y al “espléndido aislamiento” del Derecho que dicho criterio, dominante en la tradición jurídica del pasado siglo, representa. Sobre las mismas (Derecho libre, jurisprudencia sociológica, etc.), véanse las referencias sintéticas de K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. esp.), 2ª ed., Barcelona, 1980, pp. 81 y ss.

<sup>16</sup> Al respecto, véase la obra colectiva, *L'uso alternativo del Diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Bari, 1973. En castellano, puede consultarse P. BARCELONA/U. HART/D. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, 1977. Más recientemente, es útil la síntesis que ofrece A.E. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 2002, pp. 234 y ss.

beneficio de quienes ocupaban posiciones preeminentes en la sociedad. El instrumento para llevar a cabo el uso alternativo del Derecho no consistía en salir de su ámbito para recalar en otra ciencia o saber, como la Economía, sino en radicalizar, podríamos decir, los principios y valores constitucionales a fin de convertirlos en criterio único de decisión del juez. De este modo, si el análisis económico del Derecho soslaya los fines del ordenamiento jurídico en su totalidad, poniendo en su lugar la consecución de la eficiencia, el uso alternativo del Derecho aspiraba (y hablo en pasado, ya que no parece adivinarse rastro alguno en nuestros días) a lograr la justicia<sup>17</sup>, marginando, por el contrario, ciertos principios jurídicos esenciales, como la seguridad jurídica. Con todo, hay entre ambos planteamientos, no obstante estas sustanciales diferencias, un elemento originario común, consistente en la conversión de una determinada orientación ideológica (neoliberal, en el primer caso, marxista, en el segundo) en criterio absoluto para el establecimiento de las premisas y la formulación de las consecuencias.

## I. PARA UN ENCAJE MÁS ADECUADO DEL DERECHO Y DE LA EMPRESA EN EL MARCO DEL DERECHO MERCANTIL

### 1. PREMISA.

Esta pequeña digresión conceptual, más propia de un filósofo del Derecho que de un jurista atado a la gris realidad del Derecho positivo, puede servirnos, a los efectos que hoy nos ocupan, para dibujar, en lo posible, algunos rasgos o algunas ideas por las que puede transitar en el presente una cierta reconsideración de lo que ha de ser la actitud del legislador y de los juristas ante las realidades del Mercado y de la Empresa. Esa reconsideración parece necesaria a la vista de la magnitud de la crisis y del considerable descrédito acumulado por el punto de vista predominante, basado en el análisis económico del Derecho, con anterioridad a su estallido, con la finalidad esencial de conseguir una legitimación renovada de ambas realidades en el marco social, económico y también cultural de nuestros días. A tal fin, el *modus operandi* que la consecución de tal objetivo requiere ha de sustentarse, a mi juicio, en la reafirmación de ciertas ideas

---

<sup>17</sup> De ahí la preocupación de los autores insertos en esta corriente de pensamiento por reorientar la formación del jurista tradicional, centrada esencialmente en las técnicas positivistas del Derecho privado. Así, denunciará P. BARCELLONA (“La formación del jurista”, en P. BARCELLONA /U. HART/D. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, cit., p. 47) “la paradoja de un jurista positivo que, para ser tal, no debe ocuparse de los problemas de la justicia (Filosofía) ni de los problemas de la praxis social (Sociología)”.

vinculadas a nuestro mundo y a nuestro oficio, cuya utilidad para la adecuada composición de los intereses presentes en ambos parece indudable.

De acuerdo con este programa de trabajo, de lo que se trata, esencialmente, es de hacer compatible, en el marco del ordenamiento y en la labor de los juristas, el principio básico de la autonomía de la voluntad, expresión sintética de reconocimiento, en el ámbito jurídico, de la persona como ser libre y responsable, con la insoslayable intervención del legislador en atención a la ordenación racional y sustantiva de las realidades presentes en el mundo económico. Dicho en forma más sencilla, y reiterando ideas ya expuestas, el objetivo ha de ser construir una relación sensata entre normas imperativas y autonomía de la voluntad, entre la defensa del interés general y la satisfacción de las aspiraciones particulares de las personas. Y así como el primero se desvanece en el seno de planteamientos como el análisis económico del Derecho, las segundas no terminan de encontrar el cauce adecuado para su realización dentro de formulaciones como la del uso alternativo del Derecho.

## 2. EL MERCADO Y EL DERECHO DEL MERCADO.

### (a) *Planteamiento general.*

Con esta orientación integradora, cabe proponer una reconstrucción del Derecho del Mercado y de la Empresa bien alejada de excesos ideológicos. Y es que, para referirnos, en primer lugar, a aquél, postular un Mercado autorregulado, aunque la fórmula pueda resultar sugestiva, no deja de resultar una evidente contradicción: hablar de un Mercado sin regulación, como acertadamente se ha dicho en el Derecho español<sup>18</sup>, resulta tan absurdo, o tan inverosímil, como defender la existencia de un deporte sin reglas. Podrá discutirse de la extensión de estas últimas, así como, sobre todo, de su aplicación y en su caso, de su posible revisión por instancias superiores, judiciales o administrativas, cuando

---

<sup>18</sup> Así A. SÁNCHEZ ANDRÉS, "Del Mercado en general", en A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (coord. J.C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU/F. OLEO BANET/A. MARTÍNEZ FLÓREZ), Cizur Menor, 2008, p. 42; sobre las ideas de este autor en la materia examinada, véase, M. OLIVENCIA, "El concepto de mercado en el pensamiento jurídico del profesor Aníbal Sánchez Andrés", en J.C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU/F. OLEO BANET/A. MARTÍNEZ FLÓREZ (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur Menor, 2010, pp. 55 y ss.

se cuestione su legitimidad o su validez. Y no cabe ignorar, por lo demás, el sempiterno problema derivado de la dificultad de “vigilar al vigilante”, cuya perenne actualidad no permite postular la supresión plena de los controles o de las instituciones de vigilancia. Admitida, como objetivo esencial de toda política legislativa en nuestra época, la necesidad de regulación jurídica del Mercado, debe producirse progresivamente la configuración de un auténtico Derecho del Mercado<sup>19</sup>. Utilizo la expresión en singular, aunque el uso cotidiano prefiere hablar de “los mercados”, para referirme, en esencia, a lo que podría llamarse “mínimo común denominador”, de carácter jurídico, para la ordenación de todos ellos. Es verdad que las características propias de algunos mercados, así como la naturaleza del bien o bienes en ellos negociados, ha fomentado desde antiguo la promulgación de ciertas normas especiales, por lo que no sería descabellado organizar sistemáticamente ese Derecho del Mercado en una parte general, integrada por el contenido normativo de lo que antes hemos llamado “mínimo común denominador”, y una parte especial, desglosada, a su vez, en los distintos regímenes de los mercados dotados de una regulación particular<sup>20</sup>.

(b) *El papel del Derecho de la competencia.*

Existen, desde hace tiempo, no sólo normas especiales reguladoras de ciertos mercados (la Bolsa sería, tal vez, el más representativo, y el más antiguo, de los mercados

---

<sup>19</sup> Véase U. IMMENGA, “El Derecho del Mercado”, en la obra colectiva del autor *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, 2001, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Del Mercado en general”, cit., pp. 40 y ss.; J.M. EMBID IRUJO, “Hacia la configuración jurídica del Mercado (apuntes sobre las relaciones entre Mercado y Derecho)”, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Valencia, 2007, pp. 507 y ss.

<sup>20</sup> La tendencia a convertir en mercancía cualquier elemento de la vida social, notablemente acelerada en las últimas décadas, permite hablar en nuestros días (véase H. EIDENMÜLLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations”, cit., *passim*) de un “mercado jurídico”, de carácter trasnacional, en el que el “producto” (auténtica *commodity*) sería el Derecho mismo, sobre la base de una competencia permanente entre los Estados, las organizaciones internacionales e, incluso, las propias corporaciones multinacionales, por la fijación de las reglas aplicables a las relaciones económicas, susceptibles, por lo demás, de ser libremente elegidas por los particulares y empresas. Sin perjuicio de los muchos reparos que cabe oponer a este planteamiento, parece obligado prestarle la debida atención, a la vista, en particular, de su progresiva implantación en la práctica, así como de la preeminencia que su continuo desarrollo otorga a algunos ordenamientos y operadores jurídicos, señaladamente los anglosajones.

regulados<sup>21</sup>, sin que entremos ahora en el alcance y contenido de su regulación), sino también un conjunto de reglas susceptibles de integrar esa parte general del Derecho del Mercado a la que se acaba de aludir. Pienso, sobre todo, en las normas reguladoras de la competencia, tanto en su vertiente anti-trust, dirigida a sancionar las restricciones a la libre competencia, como en la relativa a la preservación de la lealtad en la lucha competitiva, que se endereza, según es sabido, a reprimir aquellos comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, como señala, con indudable acierto, el artículo 4 de Ley de competencia desleal española. De acuerdo con su propia tradición legislativa, de cuño norteamericano en el Derecho anti-trust, y de origen europeo, en lo que se refiere al Derecho de la competencia desleal, ambos sectores muestran peculiaridades propias tanto en la tipificación de las conductas, como en el establecimiento de las sanciones, con destacado protagonismo de la Administración pública en el primero, y con predominio de los tribunales de justicia a la hora de contemplar el tratamiento de los actos desleales.

No obstante, una vertiente y otra coinciden, tras una compleja evolución a lo largo del pasado siglo, en tomar progresivamente a la competencia como bien jurídico necesitado de protección, con la doble finalidad de que exista y sea operativa, de un lado, y que se lleve a cabo con medios de lealtad y corrección dentro del Mercado, de otro<sup>22</sup>. Y todo ello, como es bien sabido, en beneficio del propio Mercado y de todos los que en él participan, ocupando un lugar de relieve los consumidores, lo que permite adivinar un objetivo de tutela de intereses generales, como motor último de configuración del Derecho de la competencia en cualquiera de sus manifestaciones. En este sentido, las prácticas restrictivas de la competencia y los actos competitivos desleales pueden constituir el embrión de una categoría más amplia de actos antijurídicos cuya característica común residiría en el hecho no sólo de producirse en el Mercado, sino de tomar a dicho ámbito como la causa y la razón de ser del contenido de la conducta ilícita. Me refiero a lo que podría denominarse “ilícitos de Mercado” y que, más allá del ámbito

---

<sup>21</sup> Merece la pena releer el ensayo de M. WEBER, *La Bolsa. Introducción al sistema bursátil* (trad. esp.), Barcelona, 1987.

<sup>22</sup> Por muchos, analizando las conexiones e interferencias entre la perspectiva antitrust y la relativa a la competencia desleal, J.I. FONT GALÁN/L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, 2005.

penal, en el que aquí no es posible entrar, supondrían la posibilidad de sancionar una amplia gama de conductas cuya finalidad esencial consiste en distorsionar su funcionamiento, en perjuicio de los intereses generales que subyacen al sector del ordenamiento jurídico denominado “Derecho del Mercado”.

No puede ignorarse que en el actual Derecho de la competencia, tanto en su vertiente anti-trust, como, sobre todo, en el terreno de la competencia desleal, existen figuras que apuntan hacia objetivos similares. Con todo, se trata en la mayoría de los casos de supuestos específicos y no de una categoría general, al margen, si se quiere, de lo que se dispone en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia, cuya utilidad práctica, hasta el momento, no ha resultado especialmente relevante. La iniciativa que aquí se propone, no obstante, va más allá, como decimos, del Derecho de la competencia, si bien fija su punto de partida en dicho ámbito, con mayor intensidad, si se nos apura, en el Derecho de la competencia desleal, gracias, entre otras cosas, a la extraordinaria utilidad que puede proporcionar la cláusula general de deslealtad que, desde la Ley alemana de comienzos del pasado siglo, constituye una seña de identidad insustituible de este sector del Derecho mercantil. Por lo demás, la construcción progresiva de los “ilícitos de Mercado” supondría tomar en consideración otras vertientes del ordenamiento jurídico, estructuralmente vinculadas con el Mercado, y cuya consideración conjunta con la regulación de la competencia, resulta necesaria a la hora de configurar esa rama jurídica en devenir que es el Derecho del Mercado.

(c) *El Derecho de los Bienes Inmateriales.*

De este modo, y al lado del Derecho de la competencia, como núcleo originario del Derecho del Mercado, puede situarse el Derecho de los Bienes Inmateriales, con relación, por supuesto, a todas sus modalidades, pero con especial significación respecto del tratamiento de las patentes y marcas, cuyo relieve para la innovación, como fuerza tractora del desarrollo económico, y para la individualización de bienes y servicios es suficientemente conocida. Nos encontramos aquí ante un sector del ordenamiento jurídico, y del propio Derecho del Mercado, como queda dicho, de extraordinaria importancia y cuya trascendencia para la dinámica del Mercado, para la evolución de la

Economía, así como para la tutela de los consumidores y el interés general, es realmente importante.

También en este sector, como en tantas otras vertientes del ordenamiento jurídico, se contraponen diversas tendencias interpretativas, cuyo relieve para la materia que ahora nos ocupa es sumamente relevante, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también para el funcionamiento práctico de la actividad económica. Me refiero, en concreto, a la visión de los bienes inmateriales como ejemplos, todo lo singulares que se quiera, de derechos de propiedad privada, de un lado, y su contemplación, de otro, desde una perspectiva pro-competitiva. De seguirse la primera orientación, el reconocimiento y tutela por el Derecho de los diversos bienes inmateriales disgregaría la visión unitaria del Mercado en numerosas “islas”, incomunicadas entre sí, cada una de ellas expresiva de la posición jurídica del titular concreto de un determinado bien (invención, signo, etc.). Los inconvenientes que este planteamiento genera son, sin duda, evidentes y aconsejan, como así está sucediendo en los últimos años, acentuar la vertiente competitiva de tales bienes, sin mengua, claro está, del rigor de su tutela jurídica, destacando su sentido para fomentar la innovación, para intensificar la competencia y para evitar, en suma, la fragmentación del mercado, derivada de una visión puramente patrimonialista del régimen jurídico de los diversos bienes inmateriales<sup>23</sup>.

(d) *Derecho del Mercado e interés general.*

Como reflexión final, respecto de todos los sectores que integran el Derecho del Mercado, considero conveniente destacar la necesidad de que no se pierda de vista el interés general, que subyace a todos ellos, a la hora de contemplar su evolución, no sólo en los ordenamientos nacionales, sino, sobre todo, con perspectiva europea e, incluso, mundial. Si la tutela de los consumidores se ha acentuado como un rasgo distintivo del Derecho de la competencia, en sus dos vertientes, también parece necesario acentuar ese planteamiento respecto del Derecho de los Bienes Inmateriales, alguno de cuyos aspectos

---

<sup>23</sup> Véase, en este sentido, el importante libro de G. GHIDINI, *Profili evolutivi del Diritto Industriale (Innovazione. Concorrenza. Benessere dei consumatori. Accesso alle informazioni)*, 2ª ed., Milano, 2008 (hay traducción española de la primera edición con el título *Aspectos actuales del Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, Granada, 2002).

esenciales, como el derecho de exclusiva atribuido al inventor o al titular de la marca, son susceptibles de convertir a esta parte del ordenamiento, sobre todo si se radicalizan en su tradicional configuración jurídica, en un conjunto reactivo o poco proclive a la dinámica competitiva y a la satisfacción de intereses generales. Ello se ha puesto de relieve, con especial intensidad, en el campo de las patentes farmacéuticas y biotecnológicas<sup>24</sup>, con la dificultad, entre otros extremos, de excluir a una buena parte de la población mundial del acceso a medicamentos decisivos para el mantenimiento de su salud.

Sin discutir, claro está, la necesidad de recompensar al inventor por el esfuerzo patrimonial que supone el logro y la puesta en práctica de una determinada invención, parece necesario avanzar en una visión más completa, equitativa, y a la vez global, del problema; es satisfactorio comprobar cómo, en los últimos años, se están dando pasos relevantes por importantes empresas con la indicada finalidad, en un comportamiento susceptible de encuadrarse en el último aspecto que quiero desarrollar en mi exposición y que va desde el Mercado a la Empresa: me refiero al sugestivo fenómeno de la responsabilidad social corporativa o responsabilidad social de la empresa que en el Derecho de los Bienes Inmateriales y, muy en particular, en lo que a las patentes se refiere, ha adquirido una notable significación mediante la actividad de una organización como el Consejo empresarial mundial para el desarrollo sostenible (*World Business Council for Sustainable Development*), cuya finalidad es la de crear un “Fondo común de patentes ecológicas” (*Eco-patents Commons*) que, directa o indirectamente, proteja el medio ambiente, y al que las empresas integrantes del Consejo puedan transmitir patentes de las que sean titulares, con el objetivo de que sean utilizadas por quien quiera de modo gratuito<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sobre este asunto, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “El Tribunal de Justicia precisa el ámbito de protección de las patentes biotecnológicas. Apunte sobre el caso Monsanto c. Cefetra”, *ADI*, 2009-2010 (30), pp. 507 y ss., donde se da cuenta de la importante sentencia del TJUE, de 6 de julio de 2010, en la que dicho tribunal interpreta el artículo 9 de la Directiva 98/44/CE sobre invenciones biotecnológicas, a fin de precisar el ámbito de protección de las patentes sobre secuencias de ADN; con carácter monográfico sobre el tema, véase, recientemente, J. GUILLEM CARRAU, *La protección de las patentes biotecnológicas*, Madrid, 2011.

<sup>25</sup> Al respecto, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “A responsabilidade dos administradores das sociedades no quadro da responsabilidade social da empresa”, en *Estudos em homenagem ao professor doctor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, pp. 347-349. De este organismo forman parte más de 200 empresas de todo el mundo, entre ellas algunas tan importantes como Vodafone, Nokia, Alstom, Shell, IBM, Hitachi, Honda, Toyota, y sólo dos españolas, Acciona y Repsol.

### 3. LA EMPRESA Y SU INSERCIÓN EN LA REALIDAD SOCIAL: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA.

(a) *Introducción: la “doble faz” de la responsabilidad social de la empresa.*

Pero el fenómeno de la responsabilidad social de las empresas desborda, como es bien sabido, el limitado marco del Derecho de patentes, con ser este tan destacado, para extenderse, en nuestros días, a todas las vertientes de la realidad de la Empresa<sup>26</sup>. Y aunque el protagonismo suele corresponder a las empresas de mayor dimensión, es bien cierto que el objetivo de ser una empresa “socialmente responsable” puede atraer igualmente a las PYMES, aunque no abundan, por el momento, los ejemplos en este campo. La idea central que inspira las diversas y variadas acciones que suelen incluirse dentro del fenómeno de la responsabilidad social de la empresa no resulta difícil de exponer: se trata, en síntesis, de que por sus importantes efectos sobre la realidad social que la circunda, la actividad de la empresa no puede tener como única finalidad la de maximizar continuamente sus beneficios, de acuerdo con la conocida “filosofía” empresarial desarrollada hace bastantes años por Milton Friedmann<sup>27</sup>. Tanto los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa, como quienes, desde fuera, se relacionan continuamente con ella (proveedores, clientes, terceros en general), sin perjuicio del ámbito territorial en el que se inserta y al que afecta medioambientalmente su actividad, presuponen intereses y valores sociales que la empresa no puede ni debe ignorar. Surge, así, la categoría de lo que convencionalmente se denomina *stakeholders*<sup>28</sup>, como conjunto de personas e instituciones cuyo interés ha de conjugarse con el del empresario o con los de sus socios, en el caso de que la empresa se configure en forma de sociedad mercantil, si se aspira a que dicha empresa pueda ser calificada como “socialmente responsable”.

<sup>26</sup> Cfr. R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, Granada, 2010.

<sup>27</sup> Sobre esta orientación, véanse las consideraciones de V. SALAS FUMÁS, “Responsabilità sociale corporativa tra etica e *buon governo* dell’impresa”, en A. SARCINA/J.A. GARCÍA-CRUCES (coord.) *L’attività gestoria nelle società di capital. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Bari, 2010, p. 17.

<sup>28</sup> Para su delimitación, véase R. FREEMAN/G. RUSCONI/M. DORIGATTI, *Teoria degli stakeholders*, Milano, 2007.

Situadas las cosas en estos términos, podrá pensarse que el fenómeno que nos ocupa carece de una relación especialmente significativa con el ámbito jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta la común afirmación, al hablar de estos temas, de que las acciones de responsabilidad empresarial no vienen impuestas por el ordenamiento, sino que son decididas y realizadas libre y voluntariamente por las propias empresas. Siendo esta idea correcta, al margen de si puede hablarse, en nuestros días, de la formación de una auténtica costumbre, por la frecuencia e intensidad con las que se llevan a cabo por muy diversas empresas actividades de responsabilidad social<sup>29</sup>, no conviene olvidar que, al lado del componente ético, indudablemente presente en el fenómeno en estudio, también puede adivinarse en él, sin especial dificultad, un propósito de mejorar la imagen de la empresa en el mercado ante la sociedad, lo que permite ver en las acciones de responsabilidad social una vertiente singular del marketing de la empresa. Esta “doble faz”, podríamos decir, de la responsabilidad social de la empresa resulta consustancial a su propia circunstancia y no parece conveniente ignorarla ni disminuirla<sup>30</sup>. Pero, al mismo tiempo, permite poner de manifiesto que las acciones de responsabilidad social constituyen —o son susceptibles de constituir— un activo relevante para la empresa con motivo de su actividad en el mercado. Si se puede competir en precios, calidad, garantías, servicio post-venta, etc., también se puede “competir” en responsabilidad social, con indudables repercusiones en la aplicación del Derecho anti-trust, del régimen de la competencia desleal<sup>31</sup> y, como acabamos de ver, si bien parcialmente, del Derecho de los Bienes Inmateriales.

(b) *Responsabilidad social de la empresa y Derecho de sociedades.*

---

<sup>29</sup> En este sentido, J.M. EMBID IRUJO, “Derecho, Mercado y responsabilidad social corporativa”, *Papeles de Economía Española*, 2006 (108; monográfico sobre Responsabilidad social corporativa), pp. 64-65.

<sup>30</sup> Al respecto, O.MÜLLER-MICHAELS/W. RINGEL, “Muss sich Ethik lohnen? *Die AG* 2011 (4), pp. 101 y ss.

<sup>31</sup> Con detalle, V. MARTÍ MOYA, “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de la competencia”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, cit., pp. 53 y ss.

Del mismo modo, la realización de actividades de responsabilidad social, no obstante su afirmada voluntariedad, es susceptible de incidir en otro sector relevante del Derecho Mercantil, como es el Derecho de sociedades, como Derecho de organización de la empresa a través de las distintas formas jurídicas que el ordenamiento predispone para el desarrollo de las actividades empresariales. En dicho ámbito encontramos repetidamente planteada una de las cuestiones conflictivas a propósito de la posible realización por las sociedades mercantiles de acciones de responsabilidad social, que se relaciona directamente con la aplicación del resultado. Como es natural, dichas acciones requerirán el empleo de recursos financieros, que serán detraídos sin duda de la cuenta de resultados, pudiendo de este modo reducirse el alcance de la retribución del socio con cargo a los beneficios sociales. Puede discutirse, en tal caso, y llevarse, incluso, a los tribunales, la cuestión de si los administradores han obrado con arreglo a la diligencia requerida, al realizar, en su caso, tales acciones, y si el acuerdo de aplicación de resultados, aprobado por la Junta general, con la minoración derivada de lo que antecede, constituye un acuerdo impugnabile por ser contrario al derecho de participación en las ganancias sociales que, de manera imperativa, contempla el artículo 93, a) de la Ley de Sociedades de Capital y por lesionar, en su caso, el interés social<sup>32</sup>.

No podemos entrar ahora en el análisis de estas espinosas cuestiones, si bien en los últimos años parece haberse consolidado una opinión favorable a entender compatible la responsabilidad social de la empresa con la diligencia de los administradores sociales, así como con los fines propios de las sociedades mercantiles, concretados en el interés social, que no pueden limitarse exclusivamente a la consecución de un lucro repartible. Algunos ordenamientos jurídicos han dado muestra ya de una apreciable sensibilidad al respecto, sin que, por el momento, nuestro Derecho disponga de ejemplos relevantes en tal sentido, más allá de la recepción de algunas de estas ideas entre las recomendaciones del código de buen gobierno corporativo, cuyo relieve, como sabemos, queda limitado en principio a las sociedades cotizadas en Bolsa<sup>33</sup>. Con todo, cabría sostener, entre nosotros, que la

<sup>32</sup> Cfr. R. JORDÁ GARCÍA, “Responsabilidad social corporativa y decisiones orgánicas en las sociedades mercantiles de capital. Especial referencia al interés social”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, cit., pp. 131 y ss.

<sup>33</sup> Al respecto, M. I. GRIMALDOS, “Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil de los administradores”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho* Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

definición del interés social contenida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, permite comprender dentro de su ámbito la realización de actividades de responsabilidad social empresarial, si bien la cuestión resulta discutida en el seno de la doctrina y la jurisprudencia españolas. Y ello sin perjuicio de las referencias genéricas que sobre nuestro tema se contienen en la todavía reciente, y ya casi olvidada, Ley de Economía sostenible<sup>34</sup>.

(c) *Balance provisional de la responsabilidad social de la empresa.*

Al margen, por el momento, de estos detalles técnicos, me ha parecido conveniente glosar en este trabajo el fenómeno de la responsabilidad social de la empresa, como supuesto de incipiente “moralización” de las relaciones de las empresas con la sociedad, llamando la atención de su relieve para el Derecho. No ha sido éste, con todo, el planteamiento predominante al respecto, en el cual encontramos profusas referencias desde la Ciencia económica, por supuesto, pero también desde la Sociología e, incluso, desde la Ética de la empresa, disciplina de no muy larga vida, pero de prometedor futuro. También el Derecho, y, muy especialmente, el Derecho mercantil, tienen un papel relevante en este campo y sería de gran utilidad que nuestros juristas consagraran mayor atención al estudio del encaje de la responsabilidad social de la empresa en el ámbito del ordenamiento jurídico. Ganaría con ello la Empresa<sup>35</sup>, como institución de la realidad

---

*Mercantil*, cit., pp. 155 y ss., J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “A responsabilidade dos administradores das sociedades no quadro da responsabilidade social da empresa”, cit. pp. 352 y ss.

<sup>34</sup> Véase L. NAVARRO MATAMOROS, “Gobierno corporativo, Economía sostenible y responsabilidad social de la empresa”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Economía Social y Economía Sostenible*, Cizur Menor, 2010, pp. 281 y ss. No son éstas, con todo, las únicas referencias a la responsabilidad social de la empresa en nuestro ordenamiento; por su llamativa presencia en la realidad de nuestros días, merece la pena mencionar los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, y en especial lo dispuesto en el último de ellos, relativo, como es notorio, a la participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles (sobre dicho asunto, J.M. EMBID IRUJO, “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en T. SALA FRANCO [coord.] *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, 2008, pp. 324 y ss.

<sup>35</sup> No parece que sea otro, en última instancia, el objetivo básico de las acciones de responsabilidad social de la empresa; en este sentido, J.M. EMBID IRUJO, “La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil”, *CDC*, 2004 (42), pp. 15 y ss.

económica, cuya legitimación social aumentaría, pero también quienes con ella entran en relación, además de la realidad social circundante y la tutela del medio ambiente.

## Consideraciones finales

Aun siendo instituciones determinantes para la delimitación y alcance del Derecho Mercantil, no es fácil fijar criterios seguros de política jurídica en torno al Mercado y la Empresa, cuya consideración, en el marco de la actual crisis económica, ha constituido el núcleo del presente trabajo. Y ello, desde luego, por la extraordinaria incertidumbre que envuelve al momento presente, en el que aspectos de no fácil comprensión por los ciudadanos se han apoderado del primer plano del espacio público, incidiendo de manera determinante en la vida de todos nosotros. Esa incertidumbre se ha trasladado al ordenamiento jurídico, con inmediata repercusión en el Derecho Mercantil y, más específicamente, en algunos de sus sectores más relevantes<sup>36</sup>, haciendo más complejo no sólo el proceso de aplicación de sus normas, sino, sobre todo, la elaboración de las nuevas reglas, cuya utilidad resulta casi siempre problemática tras su promulgación. En este contexto de dificultad, parece necesario, a mi juicio, reivindicar el papel del Derecho y la necesidad de que, desde los valores que el ordenamiento ha de realizar al servicio de la persona, los juristas contribuyan a la solución justa de los muchos problemas que aquejan a la sociedad de nuestros días. Ello requiere asumir una perspectiva amplia, a tono con la dimensión global del tráfico jurídico, y una actitud metódica de colaboración con otras disciplinas, no sólo jurídicas, que permita al Derecho ejercer su consabida funcionalidad social, al servicio de la justicia, y a los juristas superar el “espléndido aislamiento” al que, de grado o por fuerza, se ven confinados en la mayoría de los casos. Con todo, la puesta en práctica de ese criterio requiere contar con fundamentos sólidos en torno a lo que han de significar el Mercado y la Empresa, evitando en lo posible que las líneas generales en torno a su significado vengán determinadas unilateralmente por un pensamiento exclusivista que, focalizado en alguna de sus vertientes, ignore la trascendencia social de

<sup>36</sup> Como, entre otros, el Derecho de sociedades; al respecto, véase, J.M. EMBID IRUJO, “El presente incierto del Derecho de sociedades”, *RDM*, 2009 (272), pp. 453 y ss.; en general, G. ROSSI, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, *Riv. Soc.*, 2009 (54), pp. 924 y ss., G. SPINDLER, “Finanzmarktkrise und Wirtschaftsrecht”, *Die AG*, 2010 (17), pp. 601 y ss.

ambos. Y es que, como recordó Octavio Paz<sup>37</sup> a propósito del Mercado, pero lo mismo podría decirse, al menos en sentido amplio, de la Empresa, “el mercado es un mecanismo eficaz pero, como todos los mecanismos, no tiene conciencia y tampoco misericordia. Hay que encontrar la manera de insertarlo en la sociedad para que sea la expresión del pacto social y un instrumento de justicia y equidad”.

---

<sup>37</sup> En el discurso de recepción del premio Nobel de Literatura de 1990; la cita está extraída de O. PAZ, *Sueño en libertad. Escritos políticos* (Selección y prólogo de Y. GRENIER), Barcelona, 2001, p. 452.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS X LIVRE INICIATIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES INTELLECTUAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, EM SINTONIA COM AS EXIGÊNCIAS DA LIVRE INICIATIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES RESOLUTÓRIAS DAS TENSÕES RESPECTIVAS NO AMBIENTE DE TRABALHO**

*Alexandre Agra Belmonte*

100

Doutor em Justiça e Sociedade pela Universidade Gama Filho, mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Gama Filho; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, vice-presidente da Academia Nacional de Direito Desportivo; professor do Curso de Direito do Centro Universitario IESB; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

**1. Liberdade**

São direitos fundamentais as prerrogativas fundadas na dignidade da pessoa humana, visando assegurar-lhe liberdade, igualdade e tratamento solidário, como instrumentos destinados a propiciar-lhe a participação ativa em sociedade e justas oportunidades para o alcance das aspirações e dos bens da vida.

Segundo Romita (2005, p. 36), são “aqueles que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoas humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.

Liberdade é o direito fundamental conferido à pessoa humana de pensar e agir segundo a própria determinação. É um direito que dá ao indivíduo o poder de locomover-se e circular livremente e de fazer as suas escolhas, expressar as suas opiniões, sentimentos e convicções e atuar, nos limites da lei (art.5º, II, CF). É, enfim, o poder de autodeterminação, sem o qual não é possível o alcance da dignidade.

A dignidade consiste no respeito às qualidades essenciais para propiciar a existência da pessoa humana como ser integral e essa existência integral só está ao seu alcance quando lhe é permitido o desenvolvimento, com liberdade, sem discriminação, em igualdade de oportunidades e com garantia de tratamento solidário e justo, da autonomia espiritual e da participação ativa no próprio destino e na vida em sociedade. Os direitos e garantias fundamentais previstos nos arts. 5º a 17 da CF/88 visam assegurá-la.

Um dos três lemas da Revolução Francesa, as liberdades constituem os direitos civis e políticos fundamentais de primeira geração, como prerrogativas oponíveis contra os abusos do poder do Estado.

Ocorre que grupos privados também exercem poder, favorecendo a verificação de abusos nas relações entre particulares e propiciando condutas lesivas à dignidade humana, pelo que verificou-se a necessidade dos direitos fundamentais atuarem não apenas em face do poder público do Estado, mas também nas relações privadas.

Ora, nas relações de trabalho o poder do empregador é, em relação ao trabalhador, fator de desequilíbrio.

Com efeito, o empregador tem o poder organizacional da atividade, de determinar o conteúdo e o modo da prestação subordinada de serviço, de produzir e impor regras de obediência (de funcionamento interno e de controle da prestação de serviços) e ainda pode aplicar sanções pelo descumprimento. Essa características, inerentes ao contrato de trabalho e ao ambiente em que ele se desenvolve, são suscetíveis de impor limitações às liberdades do trabalhador, gerando a sua hipossuficiência e propiciando abusos no exercício do poder diretivo.

Assim, além da garantia prestacional do Estado, de intervenção por meio da regulação de direitos sociais individuais e coletivos destinados à recomposição da igualdade de fato (arts. 7º a 11, da CF), também devem incidir ou nelas repercutir outros direitos fundamentais que permitam ao trabalhador, livre perante o Estado, almejar ser livre também perante o empregador (arts. 5º, I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII, XIV, XVI, XVII, XX, XXVII, XLII, 6º, 12, II, §2º, 170 e 220, *caput*, da CF).

Daí decorre que a liberdade é, portanto, um direito fundamental oponível tanto contra o Estado, como também, nas relações privadas de trabalho, contra o empregador.

Sabido que a liberdade é um direito fundamental; que deve repercutir nas relações privadas; e, que o trabalhador, como ser integral, tem esse direito garantido também nas relações de trabalho, indaga-se: a) que tipos de liberdade podem se manifestar no ambiente de trabalho? b) existe limitação para o exercício dessas liberdades? c) que restrições são inadmissíveis? d) como conciliar as exigências da livre iniciativa e as características do contrato de trabalho, que são fatores naturalmente limitadores da liberdade do empregado, com o direito fundamental ao exercício das liberdades?

## 2. Que tipos de liberdade podem se manifestar no ambiente de trabalho?

Além de outras:

- *a física da pessoa humana*, abrangente dos direitos de livre locomoção livre e de livre circulação (art.5º, XV e LIV, da CF);
- *de autodeterminação* (art.5º, II);
- *de consciência e crença e de convicção filosófica e política* (art.5º, VI e VIII);
- *de manifestação do pensamento e de expressão individual* (arts.5º, IV e IX);
- *de informação* (art.5º, XIV);
- *de associação, reunião e de expressão coletiva* (art.5º, XVI, XVII, XVIII, XX, 8º, caput e 9º)
- *de ação profissional* (art.5º, XIII);
- *de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem e sigilo da correspondência e comunicações* (art.5º, X e XI).

O empregador não pode impedir o trabalhador de sair da empresa ou de comunicar-se externamente com quem quer que seja; de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, exceto em virtude de lei e do contrato, respeitados a moral e bons costumes; de ter e exercer as suas convicções pessoais e crenças; de exteriorizar o pensamento e livremente expressar-se; de ser informado e informar-se; de se associar, reunir-se e fazer greve; de escolher e exercer livremente trabalho ou profissão.

Outrossim, o empregador não pode agir de forma a invadir a intimidade, vida privada e correspondência do trabalhador ou violar a sua honra e imagem.

Verifica-se, portanto, que além dos direitos sociais específicos dos trabalhadores, previstos nos artigos 7º a 11, da CLT, há direitos igualmente fundamentais, aplicáveis à pessoa humana em geral, que também repercutem nas relações de trabalho.

Como objeto do estudo proposto, vamos nos ater às liberdades de consciência e crença e de manifestação do pensamento e de expressão, que compõem a liberdade de pensamento em sentido amplo e verificar a sua incidência e efeitos no ambiente de trabalho.

## 3. Liberdade de pensamento

A liberdade de pensamento em sentido amplo abrange o livre pensamento, que é o seu caráter interno ou subjetivo, e a exteriorização do pensamento, que é o seu aspecto externo ou objetivo. Diz respeito tanto ao poder do indivíduo de fazer as escolhas internas de consciência e crença, como ao de fazer atuar essas escolhas por meio de cultos e liturgias, de reuniões de cunho político, religioso e sindical com as respectivas ideologias, de manifestar opiniões, emitir juízos de valor, de expressar o conteúdo de sua atividade de criação (intelectual artística e científica) e de comunicar-se.

Contudo, o trabalhador é livre para manifestar as suas convicções e crenças também no ambiente de trabalho ou o contrato de trabalho lhe impõe limitações – e até que ponto- a esse direito fundamental?

Em outras palavras, se o trabalhador é um ser integral, ao qual a Constituição garante, como cidadão, o direito de formar as suas convicções e crenças e de exteriorizar o seu pensamento, há limites para o seu exercício no ambiente de trabalho?

Para se ter uma ideia da dimensão dos problemas que podem ocorrer no cotidiano das empresas, apresentamos as seguintes indagações:

-É ofensiva à liberdade ideológica do trabalhador a dispensa de um empregado de uma fundação destinada a ajudar imigrantes, que fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país?

-É atentatória da liberdade de expressão do trabalhador a dispensa de um professor de religião de uma escola católica, por ter a diretoria descoberto que, conversando com os alunos no intervalo das aulas, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos? E se se tratasse de um professor de matemática?

-É atentatória da liberdade de expressão a dispensa de um professor, por ter a direção da escola onde trabalha descoberto que é autor de um livro erótico?

-É atentatória da liberdade de crença a despedida, por justa causa, de um professor de uma escola judaica, por ter resolvido pregar em sala de aula o antisemitismo?

-Poderia um trabalhador que usa barba com um dos mandamentos de sua religião alegar discriminação religiosa ou restrição indevida de sua liberdade de religião e postular indenização por danos morais, porque a sua admissão em vaga para trabalhar na cozinha de um restaurante foi negada por ter se recusado a retirá-la (apesar de alertado para o fato

de que assim exigiam as normas sanitárias e de higiene vigentes naquele estabelecimento)?

-Pode um trabalhador, invocando a liberdade de consciência, se recusar a atender um passageiro de uma companhia aérea, sob a justificativa de ter integrado a ditadura militar ou de ter sido um de seus torturadores?

De igual sorte, poderia um garçom recusar-se a continuar atendendo uma mesa em que o cliente por duas vezes a ele se dirigiu de forma agressiva ou ofensiva? Ou, sendo judeu, recusar-se a continuar atendendo uma mesa em que os integrantes estão abertamente a defender ideais nazistas, entre eles a morte de judeus?

Os católicos observam o domingo como dia de guarda, enquanto os judeus e os adventistas do sétimo dia entendem que esse dia recai no sábado e os muçulmanos que a sexta-feira é dia santo. Que procedimento deve o empregador adotar diante do interesse de cada fiel, de que o descanso semanal recaia no dia correspondente à sua crença?

-Pode o empregador convocar os empregados à participação obrigatória em culto ou festa da Natal?

As entidades de tendência se caracterizam por estarem dirigidas à difusão ou promoção de certa ideologia. Imaginemos então as seguintes hipóteses:

a) a de um apresentador de horário nobre de um canal de televisão, encarregado de disseminar a doutrina evangélica, que resolve, publicamente, assumir a sua condição de homossexual e passa a viver com um companheiro. Ele pode ser despedido por contrariar a orientação religiosa do empregador?

b) a de um vigilante da entidade detentora da concessão do canal de televisão e de um jardineiro de uma capela católica, que assumem a condição de homossexual e igualmente passam, cada qual, a viver com um companheiro.

Eles podem ser despedidos por contrariarem a orientação religiosa do empregador?

- Atenta contra a liberdade política a despedida de trabalhador que se manifesta contra o candidato que o empregador apoia no interesse do seu empreendimento ?

-Pode o jornalista empregado se recusar a veicular notícia capaz de lesar a sua consciência profissional e prejudicar a sua dignidade?

-Pode o jornalista empregado postular a rescisão indireta do contrato em caso de mudança radical da linha editorial do empregador, que passa a perseguir escândalos e notícias sensacionalistas?

-O empregado tem o direito de receber no trabalho correspondência enviada pela entidade sindical, o de abri-la e de tomar conhecimento do conteúdo durante o expediente ou a vedação fere a liberdade sindical, que é uma liberdade de expressão coletiva?

O direito à informação diz respeito ao direito de transmitir e colher informações e de ser mantido informado. Distingue-se da liberdade de expressão, relacionada ao direito de exteriorizar pensamentos, crenças, idéias, opiniões e juízos de valor. Indaga-se então o que está o empregador obrigado a informar ao empregado, o que cabe a este espontaneamente informar e o que o empregador não pode exigir que o empregado informe?

-Atenta contra a vida privada e liberdade sexual o rompimento do contrato de trabalho mantido com a apresentadora de um programa infantil, que resolve participar de um filme pornográfico ou que, frequentadora assídua da noite, constantemente se envolve em brigas e escândalos?

As hipóteses acima apresentadas colocam em confronto, de um lado, a liberdade de pensamento em seus mais variados aspectos e, de outro, o poder diretivo do empregador, decorrente da liberdade de iniciativa e do estado de subordinação caracterizador do contrato de trabalho. Ambos são direitos fundamentais, pelo que indaga-se: -qual deve prevalecer?

Como a legislação brasileira é omissa em relação à matéria e os conflitos a ela relacionados se avolumam, verifica-se a atualidade e importância do tema proposto, qual seja, a investigação do espaço que tem o trabalhador para manifestar as suas convicções, até que ponto pode livremente transferi-las para o serviço executado, sem interferir no direito alheio e qual o limite das sondagens que o empregador pode fazer para a verificação do perfil do trabalhador e de sua adequação para o cargo que pretende preencher.

## 2. Livre iniciativa, poder diretivo e seus limites

Nos termos do art. 170, *caput*, da CF, a ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é fundada, entre outros, nos valores sociais do trabalho humano e na livre iniciativa.

A livre iniciativa compreende a liberdade de empresa, ou seja, a de criar, organizar e definir o objeto de atividade econômica direcionada ao acesso ao mercado. Envolve o trabalho humano e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa na execução desse trabalho.

Como o trabalho é o veículo de inserção do trabalhador no sistema econômico e de distribuição de renda, para o fim de propiciar-lhe o acesso aos bens da vida deve ser respeitado o seu valor social. Essa valorização é que permitirá, com igualdade de oportunidades, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I, CF), que objetiva erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III, CF).

O trabalho não é, contudo, apenas o veículo de atendimento das necessidades de existência do ser humano. É também forma dele alcançar a realização. Por meio do trabalho o ser humano se mantém e desenvolve as potencialidades, agindo e participando da sociedade, na busca uma vida plena e aberta a oportunidades. Assim, é preciso assegurar que o trabalho se desenvolva em condições dignas (FREITAS JÚNIOR, 2006, p. 104).

Tem-se, portanto, que se o valor é um atributo destinado a dar dignidade ao ser humano e o trabalho é um valor, o valor social do trabalho deve corresponder a tudo aquilo que qualifica o trabalho como meio de subsistência, de progresso material, espiritual e de realização do ser humano como parte do grupo social que integra.

Logo, se os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho são destinados ao alcance, com liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade, do desenvolvimento espiritual da pessoa humana e do seu progresso material, necessitam ser integrados pelos direitos e garantias fundamentais que assegurem a sua concretização, entre eles, a liberdade.

Assim, no exercício dos direitos de liberdade, o trabalhador pode, livremente, ter as suas convicções e crenças, votar no político de sua preferência, relacionar-se

intimamente com as pessoas do seu agrado, manter correspondência com quem desejar, associar-se a sindicato, frequentar as reuniões correspondentes, votar e ser votado.

Ocorre que se os direitos fundamentais visam proteger o homem em sua integralidade, abrangendo, em sede de liberdade de pensamento, o respeito às suas convicções e crenças, atos, opiniões e juízos de valor, nem todas as posturas e atividades adequadas à vida privada do trabalhador são condizentes com a vida pública, na qual está inserida a atividade profissional. Em outras palavras, podem não se ajustar à boa-fé e lealdade contratuais.

Com efeito, o empregado tem o direito de externar as suas convicções e opiniões pessoais, mas não lhe cabe fazê-lo perante o cliente em relação a uma mercadoria na qual atua na condição de vendedor, dizendo, por exemplo, que é uma droga, dá defeitos constantes e que a oferecida pela empresa concorrente é mais barata e de melhor qualidade.

O trabalhador tem o direito de ter as suas crenças e aderir às liturgias. Mas não o de ostensivamente usar colares de umbanda em um colégio católico.

O empregado é livre para manter relacionamento íntimo com colega de trabalho. Mas não o de ser visto se esfregando com o parceiro nos banheiros e escadas do ambiente de trabalho.

O jogador de futebol é livre para ter a sua vida privada, mas nem por isto lhe é autorizado ficar assiduamente até altas horas da madrugada em boates ou ingerindo bebida alcoólica, de forma a prejudicar o seu rendimento no trabalho, como atleta em relação ao qual se exige vigor físico e alto rendimento.

Tem-se, portanto, que quando o empregado se vincula ao empregador por meio de um contrato de trabalho, ele se submete ao seu poder diretivo e a restrições inerentes ao conjunto de prerrogativas dirigidas à administração da estrutura, em relação à qual está vinculado.

O poder diretivo, que compreende aspectos organizacionais, disciplinares, regulamentares e de controle, e assim divide-se em *poder de organização*, *poder regulamentar*, *poder de controle ou fiscalização* e *poder disciplinar*, atua, na execução do contrato de trabalho, como fator limitador do exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, entre eles, as liberdades.

Mas quais são os limites do poder diretivo do empregador?

Na execução do contrato, principalmente em virtude do estado de subordinação em que o trabalho é realizado, não há dúvidas de que o poder de comando, quando indevidamente utilizado, é veículo propício ao cometimento de abusos, que podem atingir aspectos morais e patrimoniais do trabalhador.

Tem-se, portanto, que o poder diretivo e o correlato estado de subordinação representam potencial risco ao desenvolvimento da personalidade do trabalhador e, conseqüentemente, à sua dignidade.

Daí resulta que o poder diretivo tem por limite os direitos fundamentais do trabalhador, posto que a respectiva ofensa termina por atingir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, entendido este como o meio econômico necessário à percepção dos bens da vida e de realização.

Enfim, se os direitos fundamentais do trabalhador são limitados pelo poder diretivo, verifica-se que estes também não podem ser exercidos sem limitação.

Indaga-se, por consequência, quais são esses limites e como fazer o ajuste ou harmonização entre o poder diretivo, decorrente da liberdade de iniciativa e as liberdades do trabalhador, em que estão inseridos todos os aspectos da liberdade de pensamento.

#### **4. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na interpretação das tensões entre direitos fundamentais e sua delimitação**

Como então resolver a questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho, ou seja, da compatibilização da liberdade de empresa com os direitos fundamentais do trabalhador, se tais direitos não são hierarquizados?

Na otimização das regras e princípios constitucionais, costumam ser utilizados dois princípios: o alemão da proporcionalidade e o estadunidense da razoabilidade, que atuam de modo distinto.

A proporcionalidade, que surgiu no Estado liberal como reação ao Estado absolutista num sistema romano-germânico e, portanto, escrito de Direito (*civil law*), como freio aos desmandos do monarca, para limitação dos excessos, busca da adequação ou pertinência, necessidade ou exigibilidade de um direito, na ponderação comparativa de interesses ou direitos.

O subprincípio da ponderação (ou da proporcionalidade em sentido estrito) enseja, quando incidente mais de um direito fundamental sobre o caso concreto, o balanceamento, de maneira que, ajustados em peso e importância, continuem a reger o caso concreto. O sopesamento de fins a serem alcançados e de bens e interesses protegidos diante da situação concreta é que determinará que princípio, segundo os valores vigentes, deve atuar com mais intensidade para a resolução da tensão.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito aos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto na verificação da adequação e necessidade, recorre-se às possibilidades fáticas.

A razoabilidade, que surgiu de tensões sociais num sistema anglo saxão ou não escrito de Direito (*common law*), sem a intenção de limitar o poder soberano, busca o exercício racional, moderado, comedido do próprio direito, ou seja, sem compará-lo a outro. Em termos de equidade, impõe a harmonização da norma geral com os casos individuais, de modo a compatibilizar as normas gerais e abstratas com as individualidades do caso concreto. Sob o ponto de vista da congruência, exige sintonia entre as normas e as suas condições externas de aplicação.

O sistema brasileiro aceita ambos, concomitantemente. Como exemplo, o parágrafo único do art.944, do Código Civil brasileiro, que determina a aplicação do princípio da proporcionalidade na aferição do dano em sua extensão, mas igualmente impõe a aplicação do princípio da razoabilidade para o ajuste equitativo da indenização se verificada a desproporção diante das circunstâncias do caso concreto.

Em resumo, em ocorrendo colisão entre normas (princípios e regras) constitucionais quanto aos bens juridicamente protegidos, no caso, entre o poder diretivo decorrente da livre iniciativa e os direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, a doutrina propõe a observância dos princípios da unidade da Constituição (interpretação da Constituição como sistema integrado de valores, princípios e regras jurídicas), da concordância prática ou harmonização (compatibilização ou ponderação dos valores para a maximização da observância e minimização das restrições, de modo que não se atribua prevalência absoluta de um sobre outro) e da proporcionalidade (necessidade ou exigibilidade, adequação dos meios e ponderação de interesses segundo o peso ou importância dos princípios no caso concreto) ou razoabilidade.

Utilizadas essas noções, torna-se preciso investigar, levando-se em conta a unidade da Constituição, se o ato patronal, por exemplo, de coibir uma manifestação de trabalhadores; de proibir o uso de certa vestimenta no ambiente de trabalho; ou, de repreender o professor quanto à sua conduta em sala de aula, na ponderação dos valores que informam os princípios e regras constitucionais dos bens jurídicos em tensão, foi adequado, necessário e proporcional. Em sentido inverso, se a liberdade de expressão e de manifestação do trabalhador foi abusiva ou exercida nos limites do razoável.

Ora, o trabalhador tem o direito, com base no princípio da livre iniciativa, de abrir o próprio negócio, mas não tem o de concorrer com o empregador, sem a sua autorização, o que faz pressupor o abuso no exercício dessa liberdade, com fundamento na concorrência desleal.

O trabalhador tem o direito de ter as suas crenças e de aderir às liturgias correspondentes, mas não o de usar colares de umbanda durante o expediente em um colégio católico.

Faz parte da liberdade o direito que tem o trabalhador de associar-se ou não a sindicato, comparecer às reuniões, votar e ser votado e manifestar as suas convicções a respeito ou sobre outros assuntos, mas não lhe é permitido fazer discursos e campanhas durante o expediente e realizar atos de policiamento ideológico.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Os limites ao exercício das liberdades dependem, nas relações de trabalho, do ajuste entre os direitos fundamentais aplicáveis aos trabalhadores, previstos na Constituição e os demais direitos fundamentais, entre eles o poder diretivo, decorrente do princípio da livre iniciativa.

## **5. Critérios para o estabelecimento de limites da liberdade de pensamento do trabalhador**

Verificamos que os limites à liberdade de pensamento e seus componentes –no caso, as liberdades de consciência, crença, de manifestação do pensamento, de expressão, de comunicação e de informação- dependem do ajuste entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, previstos na Constituição e os direitos e liberdades igualmente assegurados pelo ordenamento, entre eles o poder diretivo, decorrente da liberdade de iniciativa, igualmente de natureza fundamental.

Por um lado, o exercício, pelo trabalhador, de seus direitos fundamentais não pode atentar contra a realização da finalidade principal da empresa e nem gerar o descumprimento do contrato de trabalho, estabelecido com base na boa-fé e na lealdade.

Por outro, o poder diretivo, decorrente da livre iniciativa, não pode ofender a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Do exposto, resulta que as tensões entre direitos fundamentais dos trabalhadores e liberdade de iniciativa devem ser analisadas em concreto. As prestações das partes, inerentes ao contrato e sua funcionalidade, estão sujeitas à interpretação e aplicação do direito, de modo a obter-se a concordância prática, resultante da Constituição como unidade. A máxima efetividade dos valores constitucionais ou sua otimização, leva à ponderação dos interesses em questão, na busca da harmonização da ampla liberdade com a mais ampla autonomia negocial. E essa efetividade deve ser obtida por meio do princípio da proporcionalidade, que conjuga, a um só tempo, necessidade, adequação e vedação ao excesso.

Mas é possível estabelecer critérios para resolver essa tensão?

Fábio Rodrigues Gomes<sup>38</sup>, sustenta que sim e propõe critérios que, aplicados às relações trabalhistas, serviriam para a verificação da legitimidade da conduta patronal diante da tentativa de limitação do direito fundamental. São eles:

- a) a identificação do direito fundamental sob restrição (pelo ato patronal);
- b) a delimitação da finalidade da limitação do direito fundamental (motivo);
- c) verificação da adequação ou pertinência entre a limitação ao exercício do direito fundamental em análise e a atividade do trabalhador (coerência, em tese, da limitação imposta);
- d) a identificação, no caso avaliado, do grau de coerência entre a limitação e a atividade do trabalhador na empresa:
  - d.1) se forte ou mais intensa, a análise da extensão do ato sob o postulado da proibição do excesso (razoabilidade);
  - d.2) se fraca ou menos intensa, a ponderação dos bens em confronto, para o estabelecimento de uma relação de preferência, segundo o peso e importância (proporcionalidade).

<sup>38</sup> Cf. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol.71, nº3, set/dez 2005, Brasília, pp.47-77.

Aplicando os critérios metodológicos acima apresentados, verificamos ser possível estabelecer soluções para as mais diversas hipóteses, a saber:

**Caso 1:** a diretoria de uma escola católica resolve despedir, por justa causa, um professor de religião ao descobrir que no decorrer do ano letivo, o docente, indagado pelos alunos, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos.

Identifica-se a liberdade de expressão (e de cátedra) como o direito fundamental sob limitação.

Verifica-se que há justificativa para a limitação: evitar que os alunos tomem contato com ideologia diferente da ensinada pela escola, sob o pressuposto de que a escolha da escola com a ideologia por ela ensinada foi, presumidamente, o motivo determinante para que os pais dos alunos, por vontade coletiva, ali os matriculassem.

Há, portanto, coerência entre a limitação para que o professor não divulgue doutrinas ideológicas distintas da ensinada pela escola e a atividade profissional por ele exercida. Essa coerência seria fraca, se se tratasse de um professor de matemática, que não é o profissional encarregado de divulgar a doutrina ideológica, não lhe sendo vedado, quando indagado e sabedor de tratar-se de uma instituição de tendência, moderadamente manifestar a sua convicção pessoal. Mas seria forte se partisse de professor de religião, encarregado do ensino da doutrina ideológica da instituição ligada à igreja católica.

Em se tratando de professor de matemática, na ponderação entre a liberdade de expressão e a autonomia privada da escola católica, a conduta patronal, embora adequada à promoção do fim almejado (impedir a divulgação de ideias contrárias às suas no interior do estabelecimento) e necessária (por não existir meio alternativo igualmente eficaz na promoção do fim pretendido), o ato patronal teria se mostrado desproporcional, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador não justificaria o grau de limitação imputado à liberdade constitucional do empregado, que teria exteriorizado ideologia distinta em sala de aula não como objeto de seus ensinamentos, mas puramente de acordo com as suas convicções e crenças pessoais.

Solução distinta se aplicaria ao professor de religião nas mesmas condições. A sua atitude atentaria contra a boa fé e lealdade inerentes ao contrato, inviabilizando a sua continuidade e levando à despedida por justa causa como resposta proporcional e adequada à conduta.

**Caso 2:** emissora de TV resolve despedir, por justa causa, uma apresentadora de programa infantil de TV que em meio ao contrato resolve participar de um filme pornográfico.

Aqui também identifica-se a liberdade de expressão como o direito fundamental sob limitação.

Verifica-se que há justificativa para a limitação: evitar que os telespectadores infantis tomem contato com conduta distinta do padrão comum, capaz de influenciar a sua formação moral.

É lícita a participação em filmes pornográficos, como também é lícito apresentar programa infantil de televisão. Mas o exercício das duas atividades pela mesma pessoa é incompatível.

Há, portanto, coerência entre a limitação para que apresentadora tenha conduta privada compatível com a atividade profissional por ela exercida na empresa. E essa coerência é forte.

Com efeito, na ponderação entre a liberdade de expressão e a autonomia privada da concessionária, a conduta patronal de despedir a apresentadora por justa causa revelou-se adequada à promoção do fim almejado e, portanto, proporcional, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador justificou o grau de limitação imputado à liberdade constitucional da empregada.

Sendo forte o grau de coerência, porque os atos relatados da vida privada repercutem no contrato de trabalho, com influência na formação moral dos telespectadores infantis, verifica-se que a resposta patronal foi adequada, necessária e proporcional à conduta.

**Caso 3:** uma fundação destinada a ajudar imigrantes resolve despedir, por justa causa, um empregado que fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país?

Nesta hipótese identifica-se a liberdade ideológica como o direito fundamental restringido pelo empregador e como justificativa para a limitação a necessidade de evitar o desacordo ideológico interno a respeito do cerne da atividade desempenhada pela fundação (defesa de imigrantes).

Sendo o empregador uma organização de tendência, há forte relação de coerência entre a restrição do direito fundamental e a atividade profissional exercida pelo

empregado. Conclui-se que existe uma limitação imanente e legítima anteposta à liberdade ideológica do empregado, eis que é inerente ao exercício de sua atividade profissional na organização de tendência a compatibilidade ou comunhão com o pensamento político do empregador, sendo lícita a dispensa do trabalhador.<sup>39</sup>

Utilizando essas noções, podemos responder a duas outras indagações inicialmente feitas, ou seja: a) se um professor de uma escola judaica que, por ter resolvido pregar em sala de aula o antisemitismo, pode ser despedido por justa causa; b) se um professor de uma escola pode ser despedido, por justa causa, pela direção por ter descoberto que é autor de um livro erótico.

No primeiro caso, estaríamos diante de hipótese em que a escola tem determinada orientação e os pais dos alunos a escolhem exatamente para que essa tendência oriente a formação dos alunos. É, pois, plenamente cabível a limitação ao direito fundamental de livre expressão, pelo que a conduta do trabalhador, sabedor dessa tendência e do dever implícito de respeito a ela no ambiente de trabalho afronta a orientação patronal, levando assim à licitude da despedida, sendo o afastamento do professor medida coerente, adequada e proporcional à cessação da divulgação de ideias contrárias ao objetivo da instituição.

Já na outra hipótese, não se justificaria que o professor, que não utiliza o livro ou as ideias nele contidas como material de ensino, fosse despedido pelo que escreveu. É incabível a restrição ao direito fundamental de liberdade de expressão, que não tem relação com a atividade profissional do trabalhador e nem repercute em seu trabalho. Para evitar essa interferência, muitos autores preferem escrever certos livros utilizando pseudônimo.

Tem-se, portanto, que a liberdade de pensamento no ambiente de trabalho não é absoluta e ilimitada, devendo ajustar-se à lealdade e boa-fé inerentes ao contrato de trabalho, observadas as suas peculiaridades, à finalidade principal da empresa e aos demais direitos fundamentais.

---

<sup>39</sup> Cf. *Ob.cit.*, p.63, 66 e 68.

## 6. Resolução das demais questões inicialmente postas

Pode um trabalhador invocar a liberdade de consciência para justificar ter-se negado a atender um passageiro de uma companhia aérea Argentina, que integrou a ditadura militar?

-Pode, desde que solicite a outro trabalhador que faça o atendimento ou repasse o problema à supervisão, para a resolução da questão. Tal procedimento permitirá harmonizar a liberdade de iniciativa, posto que a venda de passagens permite a realização do objeto social da empresa e o lucro necessário ao pagamento dos salários dos empregados, sem ferir a liberdade de consciência do trabalhador.

Que procedimento deve o empregador adotar diante do interesse do fiel de que o descanso semanal recaia no dia correspondente à crença do trabalhador?

-Desde que o descanso em outro dia da semana não comprometa o normal funcionamento da empresa, como propõe o Código do Trabalho português como regra geral, não há problema.

Pode o empregador convocar os empregados à participação obrigatória em culto ou festa da Natal? –Evidentemente, não. O Estado brasileiro é laico e essa orientação deve ser estendida às empresas, atentando contra a liberdade religiosa determinação em contrário.

Pode ser despedido por contrariar a orientação religiosa do empregador, um apresentador de horário nobre de um canal de televisão, encarregado de disseminar a doutrina evangélica, que resolve, publicamente, assumir a sua condição de homossexual e passa a viver com um companheiro?

Pelas mesmas razões, pode ser despedido um vigilante da entidade detentora da concessão do canal de televisão ou um jardineiro de uma capela católica, que assumem a condição de homossexual e igualmente passam, cada qual, a viver com um companheiro?

Ora, entre as entidades destinadas à satisfação de interesses extrapatrimoniais, estão as entidades ideológicas ou de tendência, assim entendidas as que pressupõem a adesão a uma determinada ideologia ou concepção de vida, do homem ou do mundo, como ocorre com as dirigidas ao alcance de fins políticos, religiosos, confessionais, de

caridade, educativos, artísticos e similares, como as associações antiaborto ou pró-imigração.

As entidades de tendência se caracterizam por estarem dirigidas à difusão ou promoção de certa ideologia que, com base no pluralismo político e social, constituem expressão do exercício de direitos fundamentais. A manifestação da ideologia que caracteriza as entidades de tendência resulta da liberdade de expressão.

Ocorre que o regime de privilégio das entidades de tendência em relação à vinculação de trabalhadores à sua ideologia não se aplica a todos os cargos ou funções.

O empregador somente poderá limitar a liberdade de expressão do trabalhador exercente de função que tenha correspondência direta com os fins da entidade e cuja atuação discrepante da ideologia do empregador não cause, por esse motivo, danos à imagem da entidade ou ao seu normal funcionamento. Ou seja, nas hipóteses em que as tarefas se encontram ideologicamente ligadas à missão da entidade de tendência, o trabalhador assume o compromisso de respeitar a orientação ideológica no desempenho de suas funções.

Nas hipóteses apreciadas, quanto à segunda, embora a entidade para o qual trabalha desenvolva atividade com caráter ideológico, o posto é neutro, eis que as tarefas desempenhadas pelos trabalhadores não têm conteúdo ideológico ou representativo do empregador, pelo que, *a priori*, não causam perturbação que justifique a despedida.

Quanto à primeira hipótese, a entidade é de natureza ideológica e o posto é de tendência, por desempenhar o trabalhador tarefa de alto conteúdo ideológico, pelo que a sua conduta, independentemente do mérito ou do respeito que se deve ter quanto à orientação sexual de cada pessoa, contraria e põe em risco a ideologia da instituição.

Pode o jornalista empregado se recusar a veicular notícia capaz de lesar a sua consciência profissional e prejudicar a sua dignidade? -sim, com fundamento na cláusula de consciência.

Pode o jornalista empregado postular a rescisão indireta do contrato em caso de mudança radical da linha editorial do empregador, que passa a perseguir escândalos e notícias sensacionalistas?

-Pode. A sua contratação deu-se numa linha editorial correspondente à sua imagem como profissional. A mudança de linha pode comprometer a sua respeitabilidade e consciência.

O empregado tem o direito de receber no trabalho correspondência enviada pela entidade sindical, o de abri-la e de tomar conhecimento do conteúdo durante o expediente? –pode, desde que não comprometa o seu desempenho ou atrapalhe as suas obrigações normais. O que não lhe cabe panfletar ou fazer discursos durante o expediente.

O que está o empregador obrigado a informar ao empregado, o que cabe a este espontaneamente informar e o que o empregador não pode exigir que o empregado informe? - tudo aquilo que tenha relação com o contrato de trabalho.

### **Considerações finais**

O exercício da liberdade de pensamento, no ambiente de trabalho, tem por limites o poder diretivo, a boa-fé e lealdade contratuais.

Por sua vez, o exercício da livre iniciativa, concretizada no poder diretivo tem por limite os direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a liberdade de pensamento, para a concretização do respeito à dignidade e valor social do trabalho.

Assim, é imprescindível harmonizar, em concreto, as tensões entre esses direitos fundamentais para o estabelecimento dos ajustes que concretizem, a um só tempo, a livre iniciativa e exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Para possibilitar esse ajuste, critérios científicos podem e devem auxiliar na resolução das tensões, para evitar-se o arbítrio.

Por outro lado, os atos patronais devem ter justificativa e as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição), o que leva à busca de critérios que devem ser demonstrados como caminho para a solução das tensões no ambiente de trabalho. E que servirão de paradigma para casos futuros

Na nossa compreensão, os critérios propostos neste artigo, utilizados com base na aplicação conjunta dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, permitem, com segurança, a avaliação e resolução das tensões, demonstrando o caminho utilizado para a prevalência ora das exigências da livre iniciativa, ora dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Ricardo de Paula. Vida Pessoal do Empregado, Liberdade de Expressão e Direitos Fundamentais do Trabalhador – considerações sobre a experiência do direito francês, *in Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, out-dez.2001, RT, São Paulo.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ASSIS, Rui. **Legislação laboral**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: LTr.
- FAVA, Marcos Neves. Dilema – Liberdade de Expressão e Proteção à Honra e à Intimidade, na Perspectiva da Tutela Internacional dos Direitos Humanos. *In Revista LTR 72*, nº 05, Maio de 2008.
- FERNANDES, Maria Malta. **Os limites à subordinação jurídica do trabalhador** – em especial ao dever de obediência. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH, 2006.
- GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego: Algumas Propostas Metodológicas para a Incidência das Normas Constitucionais na Esfera Juslaboral. *In Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol.71, nº3, set/dez 2005, Brasília.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Princípio da Dignidade Humana”, *in Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Renovar, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- TRABULO, Márcia; NASCIMENTO, Esmeralda. **O Dever de Informação no Direito do Trabalho** – Obrigações Legais do Empregador. Porto: Fronteira do Caos, 2007.

**AS RELAÇÕES DE TRABALHO E A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS  
PRÁTICAS DIFERENCIADAS PELA BASE JURÍDICA**

*Ulisses Borges de Resende*

---

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; advogado.

119

No mundo do trabalho, por onde transitam todas as relações de trabalho, as atividades sindicais constituem um dos seus elementos constitutivos. Embora a vida sindical componha apenas uma parte do mundo do trabalho, esta é uma parte significativa que ganha relevo e importância conforme as regras jurídicas que gravitam em torno da organização sindical.

O sindicalismo no Brasil nasce de maneira livre e espontânea, com forte inspiração anarquista, trazida de contrabando na bagagem dos imigrantes europeus a partir da proclamação da República. Estima-se que, em 13 de maio de 1888, a população brasileira girava em torno de 10 (dez) milhões de habitantes e que entre os anos 1889 a 1903 imigraram para o Brasil cerca de 6 (seis) milhões de europeus, cuja abertura dos portos para tamanha massa migratória deixou uma dívida social imensa na medida em que os trabalhadores brasileiros, recém libertos do trabalho forçado, foram substituídos nos postos de trabalho assalariado, sendo excluídos do sistema produtivo e, conseqüentemente, favelizados.

Nesse aspecto, há evidências bastante consistentes no sentido de que o Império brasileiro tinha um projeto de incorporação ao mercado de trabalho dos trabalhadores anteriormente submetidos a regime de trabalho forçado, tanto é que a Lei Áurea foi assinada em praça pública pela herdeira do trono.

Contudo, a curta distância entre o dia 13 de maio de 1888 e o dia 15 de novembro de 1889, alterou significativamente tal projeto, com abertura dos portos brasileiros para fluxos migratórios muito mais intensos se comparados aos permitidos no regime monárquico. Tal fluxo migratório adotado como política pública a partir da proclamação da República produziu vários efeitos, dentre eles, como dito, a favelização da mão-de-obra brasileira anteriormente submetida a trabalho forçado, bem como trouxe

na bagagem dos imigrantes o ideário anarquista, que inspirou os primeiros movimentos e organizações de natureza sindical levados a efeito em terras brasileiras.

Surge, assim, espontânea organização sindical no Brasil republicano, bastante, incipiente, de inspiração predominantemente anarquista, cuja questão social recebe tratamento como caso de polícia, sob severa repressão do Estado. Há registro de expulsão do país de trabalhadores que ousaram assumir o papel de lideranças sindicais reivindicatórias no período da Velha República. Na primeira fase do sindicalismo brasileiro, portanto, a questão social era tratada pelas autoridades públicas simplesmente como caso de polícia, sendo acionado o aparato repressor estatal para o restabelecimento da ordem.

A Revolução Russa de cunho comunista, de 1917, tendo se tornado fato consumado, fez com que os países de cultura ocidental europeia, onde o Brasil está inserido nas franjas desse sistema, tivessem que se reinventar, o que ocorreu no âmbito do Direito Internacional Público com o multilateralismo inaugurado pela Organização Internacional do Trabalho, em 1919, cujos reflexos se fazem presentes maciçamente em nosso país mais de uma década depois, com a denominada Era Vargas.

A organização sindical introduzida no Governo Vargas confere ao Estado total controle sobre a vida sindical fazendo com que as entidades sindicais, para receber reconhecimento jurídico, tivessem que ser certificadas pelo Ministério do Trabalho, com a expedição de sua respectiva carta sindical, patronal e de trabalhadores, dentro de uma estrutura simétrica de três graus de acordo com a atividade econômica, definida esta como categoria, tendo na base os sindicatos, as federações em segundo grau e no topo as confederações, sem qualquer espaço para centrais sindicais, tudo sob o princípio da unicidade sindical, cabendo ao próprio Ministério do Trabalho, por meio de sua Comissão de Enquadramento Sindical, definir o enquadramento de cada categoria econômica e, por reflexo, da respectiva categoria profissional.

Os servidores públicos, na Era Vargas, são excluídos da organização sindical, bem como não têm reconhecido o direito de greve. Até a promulgação da Constituição de 1988, boa parte das reivindicações dos servidores públicos é levada a efeito por intermédio de simples associações, que não são investidas de natureza sindical, embora de fato muitas vezes assim o fossem em suas atuações.

Além da autorização expressa para intervenção sindical por parte do Ministério do Trabalho, podendo afastar as diretorias sindicais eleitas e nomear juntas governativas até a realização de novas eleições no sindicato, a organização sindical de Vargas arrecada e irriga recursos para as entidades sindicais por meio do imposto sindical correspondente, na esfera profissional, à remuneração de um dia de trabalho no ano, descontado no mês de março e distribuído no mês de maio; bem como assegura a representação de trabalhadores e empregadores na estrutura administrativa do próprio Ministério do Trabalho que, com a Constituição de 1946, passa a ter competência jurisdicional, quando nasce a Justiça do Trabalho, como Justiça Especializada, com a chamada representação classista.

Em um salto de meio século, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, veda expressamente a intervenção sindical do Estado, assegurando ampla liberdade sindical, restando mantida a unicidade sindical com sua estrutura confederativa, o imposto sindical, a esta altura denominado de contribuição sindical, e a representação classista (que é encerrada com a Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999), sendo exigido, contudo, o registro da entidade sindical no órgão competente, cujo o Supremo Tribunal Federal não tarda em definir que tal órgão é o próprio Ministério do Trabalho.

O registro atribuído ao Ministério do Trabalho, com a expedição de carta sindical, dentro da estrutura da unicidade sindical, acaba tendo alguma semelhança com o papel exercido pela antiga Comissão de Enquadramento Sindical, contudo, as disputas pela representação sindical passam a ser resolvidas apenas pelo Poder Judiciário mediante provocação das partes interessadas.

De toda sorte, embora o Ministério do Trabalho não tenha mais a prerrogativa de interferir nas entidades sindicais e nem de definir o âmbito de abrangência da pretendida representação sindical, cujas disputas, como mencionado acima, desaguam no Poder Judiciário, a expedição da carta sindical e o controle da unicidade sindical ainda conferem até os dias atuais grande poder político ao Ministério do Trabalho no mundo sindical.

Quanto aos servidores públicos, é reconhecido, pela Constituição de 1988, o direito de organização sindical, bem como o direito de greve, a exemplo do

reconhecimento do direito de greve das categorias consideradas essenciais, desde que mantido, neste caso, o atendimento das necessidades inadiáveis da população.

Em que pese a importância da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, que elevou ao patamar constitucional praticamente todos os institutos do Direito do Trabalho, a sua regulamentação infraconstitucional ou a omissão legislativa diante da necessidade de tal regulamentação geram até hoje condições jurídicas que dificultam sobremaneira a atuação sindical.

Quanto ao aspecto regulamentado, o direito de greve sofre significativo retrocesso com a edição da Lei nº 7.783/89, que não mais assegura o recebimento do salário correspondente ao período paralisado, mesmo na hipótese de greve não abusiva, como passa a ser denominada a greve legal.

A antiga Lei nº 4.330/64, que tramita por mais de dez anos no Congresso Nacional, embora tenha sido promulgada no primeiro ano do regime militar, estabelece como direito do grevista, na hipótese de greve legal, o pagamento dos dias parados. A Lei nº 7.783/89 não garante tal direito como decorrência automática da declaração de não abusividade do movimento, suspendendo as obrigações recíprocas, de trabalhar e de pagar o salário, durante a greve, remetendo para o Acordo ou a Convenção Coletiva de Trabalho que encerre o movimento paralisado que disponha a respeito do pagamento ou não dos dias parados, o que torna possível o grevista ficar sem a sua remuneração correspondente ao período de greve, mesmo não sendo esta abusiva.

Há aqui um paradoxo em termos lógicos, pois o exercício legítimo de um direito consagrado constitucionalmente pode acarretar em severa punição com o desconto da remuneração correspondente ao período de greve.

No âmbito do sindicalismo no serviço público, até os dias atuais não há regulamentação do direito constitucional de greve por parte dos servidores, tendo o Supremo Tribunal Federal, em sede de Mandado de Injunção, não só declarado a mora legislativa, mas, também, determinado a observação da Lei nº 7.783/89, do setor privado, nas greves perante a administração pública. Mais recentemente, o mesmo STF decide que o servidor público não tem direito ao pagamento dos dias de greve, consolidando o paradoxo de que o exercício de um direito acarrete em grave punição.

No âmbito privado, os trabalhadores têm pelo menos a chance de negociar o pagamento dos dias parados ao final do movimento grevista, no setor público nem isto,

o servidor já entra em greve ciente de que sofrerá como punição pelo exercício de um direito consagrado constitucionalmente, qual seja, o desconto dos dias parados. Tal circunstância jurídica, por óbvio, acaba na prática resultando em enorme obstáculo para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Outra base normativa que traz grande dificuldade para a vida sindical, especialmente no setor das atividades privadas, decorre da falta de regulamentação legislativa do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que reclama lei complementar para estabelecer proteção contra a demissão imotivada.

Desde a edição da antiga Lei nº 5.107/64, que institui o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, que os trabalhadores no regime da Consolidação das Leis do Trabalho passam a conviver com o direito potestativo patronal de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa mediante um simples aviso prévio, ainda que o empregado tenham mais de dez anos de casa.

O Congresso Nacional chega a ratificar a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em 1996, que traz restrições à demissão sem justa causa. Contudo, antes do referido tratado internacional entrar em vigor, o mesmo é denunciado pelo chefe do Poder Executivo, sem consulta ao Poder Legislativo, estando ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a legalidade/constitucionalidade de tal medida.

De qualquer sorte, o trabalhador privado, sem garantia de emprego, encontra dificuldade de se envolver na vida sindical sem ser estigmatizado ou simplesmente demitido. No âmbito das empresas estatais, mesmo sob os auspícios da Consolidação das Leis do Trabalho, em regra, há tolerância para com as atividades sindicais. Contudo, nos espaços de trabalho estritamente privados tal tolerância é significativamente menor do que na esfera das estatais.

Nos espaços privados, é muito frequente o trabalhador ter total interesse na atividade sindical, visando pelo menos o reajuste da data-base, sem sequer se filiar ao seu sindicato entendendo que, ao assim proceder, está reduzindo a chance de ser demitido. Também não é raro acontecer do trabalhador, nesses espaços estritamente privados, manter-se filiado à entidade sindical mas, ao mesmo tempo, guardando distância das assembleias ou de outras atividades sindicais nas quais possa ser visto por pessoas ligadas aos seu empregador, o que poderia acarretar em retaliações.

Vale dizer, a falta de garantia de emprego acaba constituindo obstáculo para a mobilização sindical, o que faz com que muitas vezes o sindicato seja mal visto em razão das dificuldades de mobilização da categoria representada.

Sob outro enfoque, é certo que quando tudo vai bem, há uma tendência a um certo desinteresse pelas atividades sindicais. Quando o trabalhador recebe uma remuneração que lhe permita viver desafogadamente (expressão esta utilizada por Leão XIII na Encíclica *Rerum Novarum*), se lhe sobra orçamento para levar a esposa no sábado à noite ao cinema, para levar a criança à praia no domingo de manhã e para torcer pelo Flamengo no final da tarde no Maracanã, as assembleias e reuniões sindicais se tornam bem menos interessantes.

De toda sorte, as regras jurídicas que facilitam ou dificultam a demissão do trabalhador em quaisquer circunstâncias facilitam ou dificultam a mobilização dos trabalhadores e, por consequência, as atividades sindicais.

Pesquisa de campo em dissertação de mestrado tendo como objeto de estudo a categoria dos professores no Distrito Federal, com recorte temporal limitado ao período de 1995 a 2002, comparou a mobilização dos docentes da rede pública e da rede privada, que à época eram representados por uma mesma entidade sindical, no caso o Sinpro-DF.

A pesquisa apurou que no período investigado a média de filiação sindical dos professores da rede pública alcançava o elevado patamar de 98% (noventa e oito por cento), isto é, praticamente todo esse segmento da categoria. Na rede privada, a média de filiação girou em torno de 65% (sessenta e cinco por cento) dos professores das escolas particulares de primeiro e segundo graus, o que configura também um patamar elevadíssimo, podendo tais dados serem interpretados como acentuado prestígio da entidade sindical perante seus representados.

A comparação das listas de presença dos docentes às assembleias da rede pública com as assembleias da rede privada apontou que, nas públicas, as pequenas assembleias tinham pelo menos 3.000 (três mil) assinaturas, não sendo raras listas com mais de 10.000 (dez mil) presentes. Já na rede privada, no mesmo período, as assembleias com mais de 60 (sessenta) professores podiam ser classificadas como assembleias grandes, não sendo raras as listas com menos de 10 (dez) professores, excluindo-se os nomes dos próprios dirigentes sindicais que também as assinavam.

No período pesquisado, não teve nenhum ano em que os professores da rede pública não tenham se valido da greve como instrumento de pressão para as negociações coletivas ao passo que na rede privada nenhuma greve eclodiu no mesmo lapso de oito anos.

Quanto aos resultados em termos salariais, nos oito anos pesquisados, os professores da rede pública não tiveram nem um centavo de aumento, enquanto os professores da rede privada, cujo reajuste naquela época foi fracionado em faixas de acordo com a saúde financeira do estabelecimento de ensino particular, 80% (oitenta por cento) deles tiveram seus salários reajustados acima dos índices de inflação do período.

A conclusão da referida pesquisa aponta que em grande medida é a diferença de base jurídica sobre a qual estão assentados, com os professores da rede pública sendo portadores de estabilidade no emprego e os professores da rede privada expostos à demissão sem justa causa, que determina as condições de mobilização dos dois segmentos cotejados, ainda que estejam eles, no período pesquisado, sob o manto da mesma entidade sindical, cuja atuação para o segmento público seria classificada como sindicalismo de massa e a atuação para o privado como sindicalismo de resultado; atuação esta levada a efeito pela mesma diretoria sindical.

A propósito, em 2005, os professores do Distrito Federal decidiram dividir a representação sindical em duas entidades, permanecendo os professores da rede pública vinculados ao Sinpro-DF, ao passo que os professores da rede privada criaram o Sinproep-DF. Como a base jurídica dos dois segmentos não sofreu modificação em relação à estabilidade dos professores da rede pública e a exposição à demissão sem justa causa dos professores da rede privada, as práticas sindicais de cada uma das entidades não é muito distinta de quando havia um único sindicato, sendo certo que, passados mais de dez anos de existência do Sinproep-DF, ainda não ocorreu nenhuma greve no magistério privado da Capital Federal, depois de sua criação.

É certo, também, que em grande medida a postura da entidade sindical patronal, quase sempre conciliadora, contribuiu muito até aqui para que os professores não se socorressem da greve como instrumento último de pressão. Contudo, no ano de 2013, não foi possível a autocomposição das partes, tendo o Sinproep-DF e o Sinepe-DF ajuizado de comum acordo dissídio coletivo, cuja sentença normativa acabou sendo

fixada por dois anos, abrangendo as datas-base de 2013 e de 2014, mas a categoria profissional não entrou em greve.

Estas reflexões podem colaborar para a noção de que as relações de trabalho e a atividade dos sindicatos não passam apenas pela opção política ou pela engenhosidade de seus dirigentes mais ou menos vocacionada para maior ou menor mobilização ou participação dos trabalhadores, tendo como pano de fundo estrutural a base jurídica sobre a qual estão ancoradas, restando evidente que nosso ordenamento jurídico ainda não amadureceu o suficiente para proporcionar ambiente propício ao pleno desenvolvimento da vida sindical. Contudo, se os trabalhadores fossem esperar que o ordenamento jurídico proporcionasse condições ideais para desenvolver a vida sindical, esta não iria se desenvolver nunca, pois são os movimentos sociais, nos quais se incluem o sindicalismo, que demandam mudanças na legislação e no mundo do Direito.

## Referências

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre a metamorfose e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 1995.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil** - o longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARDOSO, Adalberto. **Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal** - A Era Vargas acabou? Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CARON, Marcos. **A educação de braços cruzados**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de pós-graduação em Educação da Universidade de Brasília, 1996.

RESENDE, Ulisses. **Mobilização sindical no Distrito Federal**: uma abordagem comparativa das práticas dos professores das redes pública e privada, 1995-2002. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de pós-graduação em Sociologia da Universidade de Brasília, 2004.

## OS DIREITOS SOCIAIS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

*Douglas Antônio Rocha Pinheiro*

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), professor de graduação e pós-graduação do Centro Universitário IESB e do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (UFG).

127

### Resumo

O presente texto é fruto de uma pesquisa interdisciplinar maior que investiga se (e como) os estudos econômicos podem dar suporte a demandas por direitos humanos. Este artigo, em particular, objetiva analisar o risco que novo paradigma consequencialista pode representar para a efetivação dos direitos sociais. Para atingir tal objetivo, o artigo faz uma pesquisa bibliográfica sobre a origem do constitucionalismo e, em particular, do constitucionalismo social e sobre as condições fáticas que permitiram o surgimento do pragmatismo consequencialista no Brasil. Além disso, o texto analisa um caso em particular: o do direito à moradia, em que fiadores de contrato de locação questionaram a constitucionalidade da penhora de seu único imóvel para garantir débitos do locatário, caso que mereceu uma decisão consequencialista por parte de seu julgador. Por fim, o texto alerta sobre os riscos que o novo paradigma traz, tanto por criar obstáculos prévios à efetivação de direitos sociais, quanto por dificultar o controle argumentativo das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** políticas públicas; direitos sociais; consequencialismo jurídico.

### Resumen

Este texto es el resultado de una investigación interdisciplinaria más grande que investiga si (y cómo) los estudios económicos pueden apoyar las demandas de los derechos humanos. Este artículo, en particular, tiene como objetivo analizar el riesgo que el nuevo paradigma consequencialista puede generar para la efectivación de los derechos sociales. Para lograr este objetivo, el artículo hace una encuesta bibliográfica sobre el origen del constitucionalismo y, en particular, del constitucionalismo social y sobre las circunstancias que dieron origen al pragmatismo consequencialista en Brasil. Además, el texto analiza un caso particular: el derecho a la vivienda, en que los garantes en un contrato de alquiler cuestionaron la constitucionalidad de la incautación de su propiedad única para garantizar las deudas del inquilino, caso que ha sido objeto de una análisis consequencialista por parte del juez. Por último, el texto advierte de los riesgos que conlleva el nuevo paradigma, tanto en la creación de previos obstáculos a la realización de los derechos sociales, como para obstruir el control argumentativo de las resoluciones judiciales.

**Palabras clave:** políticas públicas; derechos sociales; consequencialismo jurídico.

### Introdução

A declaração de um direito nem sempre garante sua efetividade. Declarar um direito, porém, é um ato de empoderamento dos declarantes, um ato que se abre à imprevisibilidade de suas próprias consequências (HUNT, 2009; DERRIDA, 1986). Por

isso, a inclusão do direito à moradia, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, dentre o rol dos direitos sociais mencionados no art. 6º da Constituição Federal pareceu, a princípio, sem grandes repercussões. Tal artigo constitucional costuma ser referido como de natureza programática – o que, no mais das vezes, faz com que as constantes inclusões que nele acontecem sirvam para fins de álibi legislativo ou de compromisso dilatatório na garantia de direitos (NEVES, 1994).

Em relação a tal direito, porém, logo se encontrou uma repercussão prática. Embora a dimensão positiva do direito à moradia dependesse do planejamento e da execução de políticas públicas de habitação popular, a sua dimensão negativa poderia se garantir de imediato, exigindo-se do Estado ou do particular um não fazer ou um dever de abstenção. Não demorou, pois, que chegasse ao Supremo Tribunal Federal (STF) um recurso extraordinário interposto por um fiador de contrato de locação que, sendo executado pelo inadimplemento do locatário, alegava ser inconstitucional a constrição de seu imóvel residencial dado como garantia. Em sua fundamentação, o recorrente alegava que a constitucionalização do direito à moradia fazia com que a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991) não fosse recebida na parte em que autorizava a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação – pela inclusão do inciso VII no art. 3º da Lei n. 8.009 de 1990.

O Ministro Cezar Peluso, relator do *hard case*, viu-se diante dos seguintes questionamentos: garantir o direito à moradia dos fiadores de contrato de locação poderia gerar maiores dificuldades para que a população em geral alugasse um imóvel? Qual seria, afinal, o âmbito de proteção do direito à moradia? A fundamentação do voto acabou não se restringindo à análise do alcance do texto da norma; adotando um certo pragmatismo jurídico, o relator sopesou as consequências da decisão e incorporou tal processo no próprio ato decisório. Este não foi um uso excepcional de tal metodologia decisória. Direitos sociais normalmente têm se sujeitado a análises consequencialistas.

As ações que requerem judicialmente a efetivação do direito à saúde, quer pela garantia de acesso a medicamentos, a tratamentos ou a procedimentos, costumam ser decididos levando-se em conta os efeitos irreversíveis que uma sentença ou um acórdão representariam caso fossem denegatórios. De outra parte, pretensões que busquem efetivar outros direitos, como os que garantam uma política pública prisional que respeite a dignidade da pessoa humana, costumam esbarrar no argumento da reserva do

financeiramente possível – já que seu deferimento impactaria o planejamento orçamentário futuro do Estado.

Em tal debate se insere o presente artigo que pretende investigar o papel do consequentialismo jurídico no processo decisório e de que maneira ele pode enfraquecer a força normativa dos direitos sociais. Para tanto, o texto seguirá o seguinte percurso: primeiramente, retomará as origens do constitucionalismo e, em especial, do constitucionalismo social para, em seguida, questionar o senso comum jurídico que diferencia os direitos entre positivos e negativos; em seguida, retomará as bases fáticas que fizeram com que o consequentialismo se tornasse um parâmetro decisório cada vez mais presente no Judiciário; em seguida, retomará o caso do direito à moradia para apontar como a decisão tomada pelo STF materializou um certo pragmatismo consequentialista; por fim, serão apresentadas as considerações conclusivas.

## 1. O constitucionalismo social e a dúlice classificação dos direitos

O constitucionalismo não se confunde com a própria Constituição. Não sem motivo, José Acosta Sánchez (1998) defende que a Europa anterior à Segunda Guerra Mundial, período em que ainda não vingara a corrente jurídica do neoconstitucionalismo, era fundada na supremacia do Parlamento; apesar disso, foi possível observar, em alguns de seus países, a efetivação de um certo constitucionalismo, embora ainda não fosse admitida a ideia de uma Constituição com *status* de norma fundamental. Por outro lado, Okoth-Ogendo (1993), ao analisar o desenho estatal de diversos Estados africanos posteriores ao processo de descolonização da segunda metade do século XX, observou que a Constituição era considerada apenas um instrumento de afirmação da soberania perante a comunidade internacional; assim, em muitos desses Estados, a existência da Lei Fundamental não impedia que a presidência tivesse um caráter imperial, com poderes de nomeação de todos os titulares de cargos civis, militares, judiciais, além de as tensões entre poder e direito costumarem ser decididas em favor do poder – desconsiderando, assim, qualquer parâmetro de freios e contrapesos expressos no texto constitucional.

Assim, é preciso perceber o constitucionalismo como a afirmação histórica da luta pela limitação do poder do Estado. Nas revoluções burguesas, diante de um Estado absolutista com poder de vida e morte sobre seus súditos, isso significava restringir a ação

do governante. Não se esperava nenhuma prestação do Estado. Lutava-se, apenas, para que o governante não privasse os súditos de sua vida, de sua liberdade e de seus bens. Surgia a clássica ideia de liberdade negativa, liberdade que exigia um dever de abstenção por parte do Estado, um não-fazer. Em alguns países, tal reivindicação significava a efetivação de uma tradição – afinal, na Inglaterra, várias leis esparsas já restringiam a ação do governante ou a subordinava à prévia aprovação do Parlamento desde o século XII. Em outros, como na França, o constitucionalismo significava uma ruptura e a inauguração de uma nova ordem, de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o melhor exemplo (PALOMBELLA, 2005).

Ocorre que, na esteira da conquista de liberdades civis e de direitos políticos, a burguesia acabou garantindo, também, uma grande liberdade econômica. Com a reduzida regulação estatal do mercado de trabalho, a Revolução Industrial acabou acentuando os processos de exploração da mão-de-obra e recrudescendo a desigualdade social. Em reação a tal cenário, surgiram duas alternativas ideológicas: uma, defendendo um giro à esquerda com a supressão da propriedade privada, a superação da luta de classes e, até mesmo, com o fim do próprio Estado (comunismo/anarquismo); outra, apontando um giro à direita defendia a restrição das liberdades individuais em prol de um Estado forte cujos interesses, interpretados pelo governante aclamado pelo povo, prevaleceriam em qualquer ocasião (fascismo/nazismo).

Uma terceira alternativa, porém, surgiu no seio do próprio constitucionalismo. Em 1919, a Constituição de Weimar já apontava para um novo papel do Estado. Não bastava mais a proteção das liberdades que exigissem, a princípio, um não-fazer estatal. Para superar as grandes assimetrias sociais causadas pela Revolução Industrial, passava a ser igualmente exigível do Estado um dever de prestação. O Estado liberal daria lugar a um Estado de Bem-Estar Social, um novo desenho estatal em que vários direitos deveriam ser atendidos, como o de acesso à educação, à saúde, à assistência social, ao lazer, à moradia, dentre outros. Tais direitos, afirmados historicamente como reação à exploração gerada pelo liberalismo burguês, tinham um forte caráter equitativo. À liberdade, somava-se a igualdade. Consagrou-se, assim, uma clássica distinção dos direitos entre positivos e negativos, ou seja, direitos que exigiam uma prestação estatal, como os direitos sociais (o direito à saúde, por exemplo), e direitos que se voltam contra o Estado, limitando-o e

pretensamente exigindo sua inação, tais como os direitos civis (a liberdade de ir e vir, por exemplo).

Ocorre, porém, que tal classificação serve apenas para fins metodológicos. Na realidade, levar os direitos a sério corresponde a levar a escassez a sério, na medida em que todos os direitos importam em custos econômicos, ainda que estes correspondam ao ônus exigidos pela garantia correspondente. Por isso, todos os direitos são, em alguma medida, propriamente positivos. Aquele que sofre uma prisão ilegal ou abusiva e é privado de sua liberdade de locomoção maneja o *writ* constitucional do *habeas corpus* que, embora gratuito para quem o impetra, gera para o Estado um custo de manutenção do magistrado e de toda a estrutura judiciária que lhe serve de suporte para que o paciente possa ver-se solto.

O direito de propriedade, que também costuma ser classificado como negativo, igualmente envolve custos em sua proteção: afinal, não devem ser contabilizados na conta da garantia deste direito a manutenção de um sistema criterioso de registros de imóveis que torna a sua transferência confiável, ou da estrutura judiciária capaz de decidir e cumprir os pedidos de reintegração de posse ou das Forças Armadas com poderes e equipamentos para reprimir as pretensões de conquistas territoriais dos demais Estados? (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35-48, 59-76).

Assim, a distinção entre direitos civis ou de primeira dimensão e os direitos sociais ou de segunda dimensão não reside propriamente na natureza dos mesmos – se negativos ou positivos –, mas sim, relaciona-se ao grau de planejamento estatal necessário para sua implementação. No Brasil, as condições para sua efetivação se mostraram mais propícias após 1988, com impacto repercussivo na forma como o Judiciário passou a apreciar tais questões. Sobre isso, tratará o próximo item.

## 2. O consequencialismo: condições fáticas de seu fomento

Nos anos 1930, Getúlio Vargas implementou um projeto de modernização do aparato administrativo dando início ao Estado burocrático. A criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1938, encarregado da realização dos concursos públicos, do gerenciamento dos processos de gestão de pessoal e da promoção de uma inicial descentralização administrativa por meio de autarquias, representou, no

plano administrativo, a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica – o que, na época, representava um grande avanço por conta da tradição patrimonialista que ainda imperava na administração pública.

Trinta anos depois, o modelo burocrático já dava sinais de esgotamento. O regime militar, por meio do Decreto-lei n. 200 de 1967, buscou substituir a administração pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”. Para tanto, distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, garantindo a autarquias, fundações e empresas estatais uma autonomia de gestão muito maior; além disso, fortaleceu e flexibilizou o sistema do mérito e tornou menos formal o sistema de compras do Estado. Foi uma primeira tentativa de implementação de uma administração gerencial no Brasil, que não se estabeleceu pelo clientelismo que grassou a administração indireta e pela ausência de um mecanismo eficaz de coordenação e monitoramento da administração policêntrica.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 voltou a apostar no modelo hierárquico e piramidal. A par do retorno da estrutura burocrática, a redemocratização foi acompanhada de um certo populismo econômico marcado pela omissão quanto a um plano de ajuste fiscal, pela descentralização política sem a equivalente distribuição de responsabilidade financeira pelos gastos excedentes e pela concentração administrativa com redução da autonomia de agências e empresas estatais. Em 1995, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, levado a cabo pelo titular da pasta do MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, objetivou-se enfatizar a dimensão gerencial da administração pública (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 222-259; ABRUCIO et al., 2010, p. 27-71).

Com tal reforma estrutural, o Estado se retirou de várias atividades econômicas, abrindo caminho para a iniciativa privada e a livre concorrência. Em contrapartida, assumiu o papel de regulador e de fiscalizador das atividades que passaram a ser desempenhadas por particulares ou por organizações sociais. A gestão pública começou, então, a se orientar pelos fins, não somente pelos meios. Com isso, o Estado precisou investir na sua capacidade de planejamento. Não bastava mais o padrão de *government by law*, em que a administração se vincula aos procedimentos legais e o administrador tem uma visão retrospectiva pois, verifica numa ação presente, a presença dos requisitos formais previamente dados pela lei. Surge o *government by policies*, em que o gestor

precisa ter uma capacidade de levantar dados, identificar problemas, projetar soluções realizáveis, prospectar os possíveis efeitos de cada uma delas, optar pela mais eficiente e organizar um planejamento a ser executado pela própria administração ou por órgãos, agências ou organizações por meio de contratos de gestão (COMPARATO, 1989, p. 74).

Esse novo modelo impactou igualmente o Judiciário. Diante do protagonismo assumido com a Constituição Federal de 1988, os magistrados foram chamados a apreciar as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado de modo finalístico, ou seja, não apenas em relação aos seus procedimentos, mas, também, quanto à plausibilidade de consecução dos efeitos pretendidos. Além disso, diante da inação do Estado e do fortalecimento de uma jurisprudência que reconhecia a efetividade dos direitos e a força normativa da Constituição, o próprio Judiciário adotou uma postura ativa de legislador positivo, subsidiando os demais poderes até que os mesmos suprissem sua omissão, materializando, assim, um certo *judgment by policies*, o que acabou fomentando o consequencialismo judicial.

Some-se a isso, ainda, o reconhecimento da normatividade dos princípios e o uso da proporcionalidade como método de resolução da colisão entre direitos. Conforme percebido por Pargendler e Salama o teste da proporcionalidade

depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou pelo menos de juízos probabilísticos sobre os esperados efeitos concretos de diferentes normas. Assim, a questão distintiva do sistema jurídico relativamente aos demais sistemas – a diferenciação do lícito do ilícito – tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 118-119)..

O constitucionalismo social, ou seja, a afirmação histórica de uma limitação à ação discriminatória do Estado, chamado a superar as assimetrias sociais por meio de planejamento e efetivação de políticas públicas inclusivas, o que por si só exigiria uma visão prospectiva, acabou sendo cumulado com um novo desenho de gestão pública que dava ênfase aos fins e não somente aos meios. Ambas as forças acabaram repercutindo no Judiciário por meio de uma gradual superação do positivismo clássico.

Afinal, se no positivismo o juiz utiliza o método lógico-dedutivo, o sistema jurídico é tido por coerente, completo, autorreferente e previsível, o que exige do

magistrado apenas identificar a norma cabível para aplicá-la por subsunção ao caso concreto, no pragmatismo, que passa a ser adotado pelos tribunais, o julgador passa a utilizar o método comparativo-consequencialista, em que se avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso tendo em vista as suas consequências; além disso, a certeza do direito deixa de ser um dogma, permitindo-se o uso de recursos não-jurídicos para produzir a decisão que produza o resultado mais desejável ou mais benéfico socialmente (POGREBINSCHI, 2005 e 2008).

Não sem motivo, a análise econômica do direito ganha espaço nesse novo horizonte. A ponderação do custo/benefício, os incentivos ou desincentivos sociais, a eficiência das decisões concorrentes e/ou excludentes passam a servir de parâmetro decisório em vários casos. No recurso extraordinário que ilustra o presente artigo não foi diferente – razão por que se retorna ao mesmo para verificar o papel do consequencialismo no julgamento de pretensões de direitos sociais.

### 3. O direito à moradia em chave consequencialista

Nos estudos econômicos, a eficiência pode ser considerada em, pelo menos, duas perspectivas. A de Pareto descreve como eficiente qualquer medida que melhore a condição de alguém sem que, para tanto, a condição de qualquer outro indivíduo piore. Na verdade, tal condição geral pode ser subdividida em duas outras: a otimalidade de Pareto forte, em que a mudança é unanimemente preferida, na medida em que ela melhora a situação de todos os indivíduos em algum nível; e a otimalidade de Pareto fraca, em que a mudança é fortemente preferida por um ou alguns indivíduos, que tem ganhos com a nova situação, e fracamente preferida pelos demais, indiferentes à modificação já que ela não altera a sua condição, nem positiva nem negativamente (PARETO, 1919).

Os contratos de compra e venda repousam sobre tal premissa. A concretização desse tipo de negócio depende de uma dupla percepção das partes quanto à melhoria de sua condição após a realização do mesmo. Sem tal percepção, que acontece, por exemplo, quando o comprador faz uma proposta inferior ao valor econômico que o vendedor atribui ao bem posto no comércio, a negociação não se aperfeiçoa. Por isso, costuma-se dizer que a eficiência paretiana depende de consenso ou requer consentimento. Nesta

perspectiva, uma política pública seria propriamente eficiente quando não gerasse prejuízos para nenhum dos cidadãos – uma situação bastante difícil de se concretizar.

O outro critério de eficiência é o de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma medida é considerada eficiente se os ganhos que ela gera aos beneficiados é superior ao prejuízo causado aos prejudicados, de tal modo que os ganhadores possam, hipoteticamente, compensar os perdedores, ainda que efetivamente não sejam obrigados a fazê-lo. Tal critério avalia a eficiência pelo conjunto social, pelo saldo de ganhos e perdas de uma determinada medida, sem observar como cada indivíduo é afetado pela modificação.

Assim, se uma política pública de combate à poluição visual gerasse um ganho social maior que as perdas sofridas pelos publicitários que utilizassem as várias plataformas urbanas para seus anúncios, ela deveria ser considerada eficiente segundo Kaldor-Hicks – ainda que não o fosse segundo o critério paretiano. Para Posner, que levava em conta a maximização da riqueza social, o critério de Kaldor-Hicks acabava se mostrando mais factível e oportuno à análise das medidas a serem adotadas não só pelos governantes na gestão pública, mas também pelos magistrados na prestação jurisdicional (KALDOR, 1939; HICKS, 1939; POSNER, 2010; SALAMA, 2008).

Os fiadores de contrato de locação que invocavam a proteção do direito social à moradia não teceram seus argumentos de modo prospectivo, mas sim retrospectivo. Segundo eles, um novo texto de norma constitucional, incluído por emenda constitucional, lhes garantiria o direito de não terem seus imóveis penhorados, conclusão a que se chegavam por simples subsunção. Ao decidir, porém, o ministro Relator Cezar Peluso, dentre outros fundamentos, acabou também aplicando o método consequencialista, ao estimar os efeitos que o reconhecimento de procedência do pedido dos fiadores poderia gerar:

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada - para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia (BRASIL, 2006, p. 887).

Subjaz à decisão do relator um duplo critério de eficiência. Pela perspectiva de Pareto, a tutela do interesse dos fiadores seria ineficiente pois colocaria os locatários em situação mais onerosa no processo de oferecer garantias para fins de firmar contratos de locação; pela perspectiva de Kaldor-Hicks, seria igualmente ineficiente pois a tutela do interesse de um grupo reduzido (fiadores) em detrimento de outro numeroso (locatários) não faria com que o somatório dos ganhos sociais percebidos pelo primeiro grupo excedesse os prejuízos sofridos pelo segundo. A questão da eficiência, porém, parece nublar o próprio debate da Justiça. Afinal, o critério do justo coincide com o do eficiente?

Ao invocar este argumento, o Ministro Relator não solicita uma análise estatística de especialistas na área. As projeções fatalistas são intuitivas e talvez não encontrassem respaldo em dados concretos. O cálculo prospectivo quando feito pelo próprio juiz, sem respaldo de outros profissionais, sem levantamento de dados concretos ou de estudos empíricos, acaba comprometendo a previsibilidade do direito em nome de uma construção argumentativa de difícil verificação.

Não é diferente quando o juiz denega um pedido de efetivação de um direito sob argumento da reserva do financeiramente possível – principalmente porque geralmente o faz sem conhecer os detalhes contábeis do orçamento, as possibilidades de remanejamento das dotações ou as prioridades sociais por acaso manifestas nas audiências públicas. Afinal, um orçamento inchado por gastos com publicidade, cargos comissionados ou projetos de paisagismo urbano seria motivo suficiente para denegar o direito das mulheres em situação de cárcere a consultas periódicas com ginecologista?

### **Considerações finais**

O papel do futuro nas decisões judiciais não pode ser negligenciado, tanto porque um determinado julgado repercute concretamente na vida das pessoas envolvidas, quanto porque ele projeta um parâmetro hermenêutico para os casos posteriormente submetidos à apreciação do Judiciário. O futuro, porém, precisa ser percebido como um campo aberto a possibilidades, ao invés de ser projetado como uma via única de inevitável tragédia – o que, no mais das vezes, chega a negar a própria existência de um futuro. A

responsabilidade quanto ao que o Ministro Eros Grau chamou de “força normativa futura da Constituição”, não pode acabar significando a negação da força normativa atual dos direitos sociais, fazendo com que a geração presente arque com o ônus da falta de planejamento estatal (POGREBINSCHI, 2008, p. 189).

Além disso, a identificação das despesas sempre precedeu, em direito público financeiro, ao cálculo das receitas. Afinal, distintamente do modo como ocorre com o cidadão comum em que a partir da receita percebida é que se calculam os gastos a serem realizados, para o Estado é necessário primeiramente estabelecer as prioridades, necessidades e contingências a serem atendidas por meio das políticas públicas, coletivamente discutidas e consensuadas, para então – por meio de uma atuação eficiente do gestor – calcular o ônus de tal ação positiva, projetando as estratégias necessárias para fazer frente a tais despesas. O consequencialismo jurídico parece inverter os papéis, fazendo com que o impacto orçamentário de um direito é que molde a possibilidade de sua efetividade.

Nesse novo horizonte pragmático, em que a consequência normalmente evitada pelos magistrados é a de impor um ônus excessivo ao orçamento, os direitos sociais são os mais afetados, como se apenas estes fossem propriamente positivos e, portanto, onerosos. Não se desconhece que, em diversos casos, a garantia do mínimo existencial, principalmente em questões que envolvam o direito à saúde, tem costumado prevalecer. Ainda assim, a mudança paradigmática levada a cabo pelo modelo pragmático-consequencialista põe um claro limite prévio à concessão de direitos, criando uma lógica de prioridades entre os direitos que passa ao largo do debate público – principalmente diante da falta de transparência quanto ao custo de implementação de direitos precipuamente sociais, como o direito à saúde, em face de outros precipuamente individuais, mas igualmente onerosos, como o direito de propriedade.

Por fim, o uso do consequencialismo em decisões judiciais tem tornado cada vez mais difícil seu controle argumentativo. Afinal, a adesão à normatividade dos princípios e à hierarquia dos mesmos em relação às regras e de certos princípios entre si acaba se mostrando bastante oportuna – porém, igualmente problemática, especialmente quando, nos “processos de aplicação do direito, a invocação de relações não triviais de determinação entre alternativas de decisão e resultados tem o efeito de colocar o exercício da crítica pela razão instrumental em suspenso” (SCHUARTZ, 2008, p. 153).

Desse modo, as fundamentações baseadas “diretamente em princípios constitucionais e em atribuições opacas de pesos a valores e interesses supostamente em conflito” convertem-se em argumentos de autoridade, fazendo do recurso às consequências uma “cartada coringa”, na medida em que “o sujeito que faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais” embora “estes tampouco [possam] provar sua negação” (SCHUARTZ, 2008, p. 153-155). Tal método, assim, poderia negar não só os direitos sociais, mas também o papel da crítica que questionasse a própria decisão denegatória. O grande risco, pois, é que o consequencialismo jurídico possa acabar gerando, como consequência, a crise do próprio constitucionalismo social.

## Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcus Vinicius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Sílvia (Org.). **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos do recurso extraordinário n. 407.688-8 São Paulo**. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação rescisória n. 2.199 Santa Catarina**. Autor: Espólio de Terezinha Gomes Pereira representado por Jones Pereira. Réu: União. Brasília, 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: ORDÁLIA, Nilo (Org.). **Brasil – O desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções**. São Paulo: Unesp, 1989.

DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. **New Political Science**, v. 7, n. 1, p. 7-15, 1986.

HICKS, John Richard. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberties depends on taxes**. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without constitutionalism: reflections on an African political paradox. In: GREENBERG, Douglas *et al.* (Ed.). **Constitutionalism and democracy: transitions in the contemporary world**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARETO, Vilfredo. **Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale**. Milano: Libreria, 1919.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 262, p. 95-144, jan.-abr./2013.

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre argumentação e interpretação. In: MAIA, Antônio Cavalcanti *et al.* (Org.). **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 247, p. 181-193, jan.-abr./2008.

POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**. São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 248, p. 130-158, mai.-ago./2008.

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: AUTORREGULAÇÃO, DEMOCRATIZAÇÃO DO EMPREENDEDORISMO E QUEBRA DE PRIVILÉGIOS MONOPOLÍSTICOS CONCEDIDOS OU TITULARIZADOS PELO ESTADO**

**André Luiz Santa Cruz Ramos**

*Doutor em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), professor de Direito Empresarial e Econômico do Centro Universitário IESB.*

140

**Resumo**

O mercado não é nunca foi e jamais será algo estático e imune a transformações decorrentes dos mais variados fatores, que vão desde mudanças de hábitos e padrões culturais a inovações tecnológicas e científicas: o mercado é, pois, um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constantes, no qual empresários e consumidores buscam incessantemente a satisfação dos seus respectivos interesses: aqueles visam ao lucro, enquanto estes procuram bens e serviços de que necessitam para subsistência, lazer etc. A complexidade desse processo mercadológico exige, desde sempre, a criação e o desenvolvimento de novos e mais eficientes meios de negociação, o que fez a humanidade iniciar o comércio através do escambo até chegar às transações virtuais da atualidade. Cada etapa dessa evolução do mercado é marcada por características próprias, quase sempre revolucionárias do ponto de vista da História, que exigem do Direito a quebra de paradigmas e a construção de novos princípios. É nesse contexto que o presente artigo analisará o comércio eletrônico e o fenômeno da “economia do compartilhamento”.

**Palavras-chave:** Comércio eletrônico – economia do compartilhamento – empreendedorismo – livre concorrência

**Abstract**

*The market is not, never was and never will be something static and immune to transformations resulting from various aspects, ranging from changes in habits and cultural patterns to technological and scientific innovations: the market is, therefore, a dynamic and uncertain process of constants rivalry and discovery in which entrepreneurs and consumers continually seek the satisfaction of their respective interests: those are always looking for increase their profits, while these are always looking for goods and services that they need for subsistence or to achieve another goals. The complexity of this market process requires, as always, a creation and development of new and more efficient means of negotiation, which made the mankind initiate trade through barter and reach to the virtual transactions of our contemporary era. Each step of this market evolution is marked by its own characteristics, often revolutionary from the point of view of History, which requires to break paradigms and build new principles. With this perspective, this article will examine the e-commerce and the “sharing economy” phenomenon.*

**Keywords** E-commerce – sharing economy – entrepreneurship – free competition

## 1. Do escambo às negociações virtuais

A história do “mercado” é marcada por uma constante evolução dos meios de troca. Com efeito, desde que o homem deixou de produzir bens apenas para a sua própria subsistência, podemos verificar um lento e gradual processo de criação de instrumentos negociais que tornaram as trocas mais rápidas e mais seguras.

Nas sociedades mais antigas, vivia-se numa economia de escambo, isto é, os negócios se limitavam às trocas diretas de um bem por outro. Obviamente, com o passar do tempo e o desenvolvimento do sistema de trocas, o escambo praticado nessas sociedades se mostrou insustentável, em razão de suas limitações. Primeiro, o escambo dificultava a troca porque ele exigia uma coincidência de interesses por parte dos partícipes da relação: a troca só se perfaz se cada parte quiser exatamente o que a outra tem a oferecer. Ademais, existe o problema da ausência de equivalência de valor entre os diversos bens. Assim, é forçoso reconhecer que o escambo supria apenas as necessidades de uma economia num estágio muito primitivo. Nesse sentido:

(...) esse processo de *troca direta* de bens e serviços úteis dificilmente seria capaz de manter uma economia acima de seu nível mais primitivo. Tal troca direta — ou *escambo* — dificilmente é melhor do que a pura e simples autossuficiência. Por quê? Em primeiro lugar, está claro que tal arranjo permite somente uma quantidade muito pequena de produção. Se João contrata alguns trabalhadores para construir uma casa, com o que ele lhes pagará? Com partes da casa? Com os materiais de construção que não forem utilizados?

Os dois problemas básicos deste arranjo são a "indivisibilidade" e a ausência daquilo que chamamos de "coincidência de desejos". Assim, se o senhor Silva tem um arado que ele gostaria de trocar por várias coisas diferentes — por exemplo, ovos, pães e uma muda de roupas —, como ela faria isso? Como ele dividiria seu arado e daria uma parte para um agricultor e a outra parte para um alfaiate? Mesmo para os casos em que os bens são divisíveis, é geralmente impossível que dois indivíduos dispostos a transacionar se encontrem no momento exato. Se A possui um suprimento de ovos para vender e B possui um par de sapatos, como ambos podem transacionar se A quer um terno? Imaginem, então, a penosa situação de um professor de economia: ele terá de encontrar um produtor de ovos que queira comprar algumas aulas de economia em troca de seus ovos!

Obviamente, é impossível haver qualquer tipo de economia civilizada sob um arranjo formado exclusivamente por trocas diretas (ROTHBARD, 2013, p. 14).

Para superar as dificuldades inerentes ao escambo, o próprio mercado criou, então, um meio de troca muito mais eficiente: a moeda. Com isso, um produtor de trigo que quisesse adquirir ferramentas não precisava mais procurar um fabricante dessas peças que

estivesse precisando exatamente de trigo: ele podia vender seu trigo por um determinado preço, expresso na moeda usualmente aceita, e depois comprar as ferramentas de que necessitava, pagando por elas também o respectivo preço. No curso da história, inúmeras mercadorias foram usadas como moeda, mas sempre houve uma preponderância da prata e do ouro exercendo essa função de meio geral de troca. Nesse sentido:

Ao longo da história, diferentes bens foram utilizados como meios de troca: tabaco, na Virgínia colonial; açúcar, nas Índias Ocidentais; sal, na Etiópia (na época, Abissínia); gado, na Grécia antiga; pregos, na Escócia; cobre, no Antigo Egito; além de grãos, rosários, chá, conchas e anzóis. Ao longo dos séculos, duas mercadorias, o ouro e a prata, foram espontaneamente escolhidas como dinheiro na livre concorrência do mercado, desalojando todas as outras mercadorias desta função. Tanto o ouro quanto a prata são altamente comerciáveis, são muito demandados como ornamento, e se sobressaem em todas as outras qualidades necessárias. Em épocas recentes, a prata, por ser relativamente mais abundante que o ouro, se mostrou mais útil para trocas de menor valor, ao passo que o ouro foi mais utilizado para transações de maior valor. De qualquer maneira, o importante é que, independentemente do motivo, o livre mercado escolheu o ouro e a prata como a mais eficiente forma de dinheiro (ROTHBARD, 2013, p. 16).

É importante destacar, pois, que o dinheiro não é uma criação estatal, mas do próprio mercado. O dinheiro surgiu quando as dificuldades da troca direta de bens (escambo) fizeram com que bens mais demandados começassem a ser usados como meio de troca indireta, isto é, começassem a ser usados como “moeda”. Daí vem o “teorema da regressão” formulado pelo economista austríaco Ludwig von Mises: um bem só pode se tornar dinheiro (moeda), isto é, meio de troca indireta, se antes já tinha valor como mercadoria, ou seja, como meio de troca direta (1951, p. 97-123). Nesse sentido:

As primeiras moedas, portanto, foram aqueles bens que, em virtude de certas características (raridade, durabilidade, divisibilidade, portabilidade, testabilidade etc.) eram mais demandados do que outros (ouro e prata, por exemplo). A maior demanda por um bem fazia dele uma mercadoria comerciável: pessoas o aceitavam como meio de troca mesmo não necessitando diretamente dele, mas porque sabiam que, futuramente, conseguiriam trocá-lo por algo desejado com mais facilidade. Quanto mais um bem era demandado, maior era a sua comerciabilidade, e quanto mais sua comerciabilidade aumentava, a demanda por ele também crescia. Entrava-se num ciclo virtuoso até o ponto em que todos aceitavam facilmente aquele bem como meio de troca. O dinheiro acabara de ser criado (Cf. MISES, 1951, p. 97-123; MENGER, 1950, p. 257-271; e ROTHBARD,

2013, p. 13-19). Nesse sentido:

Imagine que você é um caçador e quer adquirir uma cama, mas o único produtor de camas da cidade é um vegetariano. O que você pode fazer neste caso? Você primeiro teria de descobrir o que o produtor de camas aceitaria em troca da cama (talvez tofu), e então teria de encontrar alguém que possuísse tofu e estivesse disposto a trocar por carne. Se você não conseguisse encontrar tal pessoa (o produtor de tofu quer um chapéu em troca), você teria de procurar por uma quarta pessoa (alguém que quisesse carne e que possuísse o chapéu que o produtor de tofu quisesse), ou tentar convencer o produtor de camas vegetariano a aceitar sua carne para, algum tempo depois, tentar trocá-la por algum outro bem.

A carne, no entanto, estraga com o tempo, de modo que o produtor de camas teria de se livrar dela rapidamente. Consequentemente, sendo você incapaz de conseguir arrumar algum bem que o produtor de camas queira consumir, você decide trocar sua carne por um pouco de sal. Ato contínuo, você se aproxima do produtor de camas e diz: "Olha só, eu sei que você não quer sal, mas pense em todas as outras pessoas que querem. Elas utilizam sal para preservar suas carnes e para dar mais sabor às suas sopas. E o sal é imperecível, de modo que você pode armazená-lo pelo tempo que quiser. E se, quando o vendedor de tofu vier à cidade, e ele não quiser sal, você poderá explicar a ele exatamente isso que acabei de explicar para você — que ele poderá utilizar o sal para comprar algo que ele queira futuramente."

Se você e o produtor de camas chegarem a um acordo, você acabou de inventar o dinheiro. Organicamente, mais pessoas na sua comunidade começarão a utilizar o sal como meio de pagamento, mesmo que elas não tenham a intenção de consumi-lo, pois sabem que outras pessoas irão aceitá-lo como meio de troca.

Porém — e isso é muito importante —, o valor do sal-dinheiro não depende exclusivamente de as outras pessoas aceitarem-no como meio de pagamento. Se, por algum motivo, as pessoas pararem de aceitar sal como meio de pagamento, você ainda assim poderá utilizar o sal como... sal. O sal não perdeu suas funções originais.

O sal já foi utilizado como dinheiro e mostrou ser uma ótima moeda, especialmente antes da invenção da refrigeração, pois era amplamente demandado, divisível até o nível granular, muito portátil e transportável, fácil de ser pesado, e podia ser facilmente testado contra falsificações: bastava prová-lo com seu paladar. Os romanos utilizaram o sal como dinheiro (SCHIFF, 2012).

A criação do dinheiro facilitou a especialização e a divisão do trabalho, fundamentais para o desenvolvimento econômico e social. Antes, alguém que produzia lanças tinha que encontrar pessoas interessadas em trocar comida por lanças, roupas por lanças etc. Agora, ele precisa apenas trocar suas lanças por dinheiro, e depois usá-lo para adquirir o que precisa.

A especialização e a divisão do trabalho, por sua vez, facilitaram a acumulação de riqueza e a formação de poupança, o que permitiu o investimento em bens de capital, melhorando e aumentando a produção, e propiciou a formalização de empréstimos e

financiamentos a terceiros, dinamizando a economia.

O dinheiro também fez com que os demais bens em circulação no mercado pudessem ser precificados de forma objetiva, e sabe-se que o sistema de preços é o que permite o cálculo econômico racional: analisando os preços, o empresário sabe se está tendo lucros ou prejuízos e descobre a melhor forma de alocar seus recursos (Cf. MISES, 2012).

No entanto, com o passar do tempo a economia foi se tornando cada vez mais complexa, e até mesmo a moeda passou a ser um meio de troca ineficiente para dar efetividade a todas as transações ocorridas a todo momento no mercado. Mais uma vez, porém, o próprio mercado deu a sua solução, criando os títulos de crédito, que rapidamente foram incorporados à praxe mercantil, conforme mencionamos acima. Como bem resumiu Amador Paes de Almeida:

Assim, da chamada *economia natural* (troca *in natura*) passou-se à fase monetária, caracterizada já pela moeda como instrumento de troca ou denominador comum de valores.

Finalmente, da economia monetária chegou-se à *economia creditória*, ampliando-se, como se vê, o conceito de troca. O crédito assume especial relevo (ALMEIDA, 2011, p. 20).

Segundo Tullio Ascarelli, o desenvolvimento dos títulos de crédito permitiu que o mundo moderno mobilizasse suas próprias riquezas, vencendo o tempo e o espaço. Nas palavras desse doutrinador:

Se nos perguntassem qual a contribuição do direito comercial na formação da economia moderna, outra não poderia talvez apontar que mais tipicamente tenha influído nessa economia do que o instituto dos títulos de crédito. A vida econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito; às invenções técnicas teriam faltado meios jurídicos para a sua adequada realização social; as relações comerciais tomariam necessariamente outro aspecto. Graças aos títulos de crédito pode o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com a maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras (ASCARELLI, 2009, p. 33).

Com efeito, o crédito, que consiste, basicamente, num direito a uma prestação futura que se baseia, fundamentalmente, na confiança (elementos boa-fé e prazo), surgiu da constante necessidade de se conseguir uma circulação mais rápida de riqueza do que a

obtida pela moeda manual.

Atualmente, entretanto, estamos vivendo um novo momento histórico, em que a complexidade das relações econômicas tem demonstrado que nem a moeda nem os títulos e crédito tradicionais (letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata etc.) conseguem, de maneira eficiente, dar efetividade ao incrível número de transações realizadas no mercado globalizado dos dias atuais.

## 2. Comércio eletrônico

Não é novidade que o comércio foi, é e sempre será um fator de integração entre os países, sendo, pois, o melhor mecanismo de manutenção da paz. Povos que mantêm relações comerciais uns com os outros não guerreiam entre si. Como dizia Frédéric Bastiat, “quando bens e serviços param de cruzar as fronteiras, exércitos o fazem”.

Num passado distante, essa integração provocada pelo livre comércio exigia esforços incriveis, como as “Grandes Navegações”. Hodiernamente, no entanto, o avanço tecnológico venceu todas as barreiras geográficas possíveis, e a *internet* nos permite negociar com pessoas do outro lado do mundo em apenas alguns segundos, sem maiores complicações.

Com efeito, a *internet* fez o mercado ignorar a distância entre as partes de uma determinada relação jurídica, sobretudo as relações empresariais. Hoje em dia é cada vez mais fácil comprar bens ou serviços de um empresário que se situa em outro estado ou em outro país, o qual às vezes fica em outro continente. E essas transações ocorrem numa velocidade espantosa, inimaginável até bem pouco tempo atrás.

As negociações/contratações eram, tradicionalmente, instrumentalizadas em meio físico (papel), de modo que o contato pessoal entre as partes contratantes se fazia quase sempre imprescindível. Com a *internet*, entretanto, permite-se o contato e a manifestação de vontade por meio virtual. A esse tipo de negociação/contratação dá-se o nome de comércio eletrônico.

Assim, caracteriza-se o comércio eletrônico sempre que a venda de produtos ou serviços é instrumentalizada por meio de transmissão eletrônica de dados, o que ocorre no ambiente virtual da rede mundial de computadores (*internet*). Perceba-se que não importa se o objeto do negócio é virtual (uma música ou um vídeo) ou físico (um relógio,

uma geladeira ou uma roupa), mas se a manifestação de vontade é instrumentalizada em meio virtual ou físico. Neste caso, as partes costumam assinar de próprio punho os contratos (às vezes se exigindo o reconhecimento da assinatura por tabelião e até mesmo a assinatura conjunta de testemunhas). Naquele, as partes se utilizam de assinaturas digitais. Nesse sentido:

Comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico realiza-se no ambiente da rede mundial de computadores (COELHO, 2016, p. 50).

146

Assim como ocorreu com todas as demais formas de negociação/contratação anteriores (escambo, dinheiro, títulos de crédito etc.), o comércio eletrônico surgiu da própria dinâmica da atividade empresarial, sem que houvesse uma prévia “regulamentação estatal”. Quando o estado decidiu regulamentar essa prática, ela já estava em grau avançado de desenvolvimento (no Brasil, a norma em questão é o Decreto 7.962/2013, e suas preocupações básicas foram assegurar: (i) informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; (ii) atendimento facilitado ao consumidor; e (iii) respeito ao direito de arrependimento).

Outra observação importante também precisa ser feita: nesse longo e gradual processo de evolução dos meios de negociação, o surgimento de um novo meio apenas diminui o uso dos meios anteriores, mas não os elimina. Assim, quando surgiu a moeda, o escambo não desapareceu, embora tenha passado a ocorrer com bem menos frequência. Da mesma forma, quando os títulos de crédito tradicionais (letra de câmbio, nota promissória etc.) surgiram, o dinheiro teve seu uso diminuído, mas não deixou de ser usado totalmente. A mesma situação está ocorrendo agora com o surgimento e o desenvolvimento do comércio eletrônico: já não se usam mais os títulos de crédito como antes (por exemplo, quem, nos dias de hoje, ainda anda com um talão de cheques na carteira?), mas eles não desapareceram nem desaparecerão totalmente na praxe comercial.

### 3. A economia do compartilhamento

É fácil perceber que o comércio eletrônico tem provocado uma verdadeira

revolução no mercado. Portanto, é preciso repensar o estudo do mercado à luz dessa novel realidade.

Em primeiro lugar, o comércio eletrônico tem permitido uma maior competição empresarial, já que a prescindibilidade do contato pessoal entre os contratantes permite que empresários situados em locais os mais distantes concorram entre si pela preferência dos consumidores (se antes um músico de uma pequena cidade tinha que optar entre duas ou três lojas físicas perto da sua casa para comprar seu violão, pagando em dinheiro ou cheque, por exemplo, hoje ele pode optar entre  $n$  lojas virtuais do mundo todo (!), pagando por meio de cartões de crédito ou débito, sem sair da sua residência).

Em segundo lugar, o comércio eletrônico, por facilitar o contato direto entre o fornecedor original e o consumidor final, tem eliminado intermediários e criado uma nova organização mercadológica. Assim, alguns contratos de colaboração tradicionais, como a representação e a distribuição, tendem a desaparecer em determinados setores, ao passo que novos modelos de colaboração empresarial surgirão.

No entanto, a maior mudança provocada pelo comércio eletrônico, que ainda não está sendo bem assimilada pelas pessoas, é a facilitação da negociação/contratação P2P (pessoa para pessoa). De um lado, isso faz com que empresários passem a sofrer concorrência não apenas de outros empresários, mas também de não-empresários (como exemplo, basta mencionar o crescimento vertiginoso dos *sites* de compra e venda virtual, que permitem a qualquer pessoa comprar e vender bens usados). De outro lado, isso tem permitido o desenvolvimento da chamada economia do compartilhamento (ou economia colaborativa).

Nesse novo modelo econômico, a facilidade de negociação/contratação P2P permite que as pessoas tenham acesso a inúmeros bens e serviços sem a necessidade de adquiri-los e, às vezes, sem a necessidade sequer de realizar trocas monetárias para tanto. Se antes as negociações/contratações centravam-se na compra e venda de bens ou serviços, agora elas tendem a privilegiar a troca, o empréstimo, a doação, o compartilhamento.

Dois fatores, a meu ver, tem se mostrado determinantes para o surgimento e o desenvolvimento dessa nova economia: (i) o aumento constante do estoque ocioso de bens, decorrente do processo normal de acumulação de riquezas intrínseco ao capitalismo, e (ii) o avanço tecnológico.

Quanto ao segundo fator, três inovações dele decorrentes são decisivas para o sucesso da economia do compartilhamento (ou consumo colaborativo, como preferem alguns): (i) a universalização do acesso aos aparelhos móveis de telefonia celular com acesso à *internet* e mecanismos de geolocalização, os chamados *smartphones*, (ii) a difusão dos sistemas de pagamento *on line* (cartões de crédito e débito com *chips* e senhas, e empresas como o *PayPal*, por exemplo) e (iii) a proliferação das redes sociais.

Algumas características interessantes desse novo modelo econômico, uma decorrente da outra, merecem ser destacadas.

A primeira delas é a eficiência da autorregulação do mercado. Como dito, o comércio eletrônico, nas suas mais variadas modalidades, surgiu e se desenvolveu a despeito da inexistência de uma “regulação estatal”. Trata-se, pois, de um ambiente onde a autorregulação é intensa, descentralizada e extremamente eficiente, pois a facilidade do fluxo de informações na *internet* força os agentes desse mercado a construir e manter um capital reputacional elevado.

A segunda característica, decorrente da primeira, é a desburocratização e a democratização do empreendedorismo. Enquanto a regulação estatal produz entraves burocráticos insuperáveis e reservas de mercado corporativistas, a autorregulação facilita o empreendedorismo ao deixar nas mãos dos consumidores, e não de funcionários públicos, a decisão sobre quem vai ser bem sucedido no exercício de determinada atividade econômica. Alvarás, licenças e diplomas não garantem a permanência de um empreendedor no mercado, mas apenas o bom atendimento das demandas dos seus consumidores.

Finalmente, a terceira característica da economia do compartilhamento, decorrente das duas anteriormente mencionadas, é a quebra constante de privilégios monopolísticos concedidos pelo estado, o que, obviamente, está provocando uma reação enfurecida dos respectivos cartéis (a título ilustrativo, cite-se a guerra do cartel dos taxistas contra os aplicativos de transporte urbano como o *Uber*). Os pedidos de “regulamentação” dos cartéis desmantelados são absolutamente sem sentido, já que a economia do compartilhamento é fortemente regulamentada, como dito, por mecanismos de autorregulação (as pessoas precisam entender que regulamentação não significa, necessariamente, regulação estatal).

Enfim, para que a economia do compartilhamento continue quebrando

monopólios, democratizando o exercício de atividade econômica e beneficiando a sociedade, é imperativo que o governo mantenha bem longe as suas mãos sujas ou que, pelo menos, mude sua atuação no âmbito do direito concorrencial: em vez de a autoridade antitruste (no Brasil é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, disciplinado pela Lei 12.529/2011) continuar quase totalmente focada no exercício de suas funções preventiva (controle prévio de atos de concentração empresarial, como fusões e aquisições) e repressiva (investigação e punição posterior de condutas anticompetitivas, como precificação predatória), as quais normalmente são direcionadas contra agentes privados, é chegada a hora de priorizar sua função educativa (“advocacia a concorrência”), que é direcionada especialmente contra o próprio Estado. Em todos os setores onde a economia do compartilhamento provocar mudanças no funcionamento do mercado em setores sujeitos a forte regulação estatal, a recomendação deve ser pela desregulação, a fim de que a livre-iniciativa e a livre concorrência operem seus conhecidos efeitos benéficos em prol dos consumidores e dos próprios empreendedores.

#### 4. As criptomoedas (o fenômeno *Bitcoin*)

De todos os monopólios estatais que podem – e devem – ser quebrados pelo desenvolvimento do comércio eletrônico e da economia do compartilhamento, o monopólio da emissão de moeda é o mais importante deles.

Conforme destacamos no item 1 deste ensaio, o dinheiro é um criação do livre mercado, e não do Estado. Mas se o dinheiro surgiu e se desenvolveu livremente no mercado, por que ele hoje é controlado de forma monopolística pelo estado? A explicação é simples.

Numa economia em que se usa o ouro, por exemplo, como moeda, um indivíduo tem duas formas de adquirir dinheiro: (i) produzindo bens ou serviços que outras pessoas queiram pagar por eles ou (ii) dedicando-se à mineração (garimpo).

O estado, por sua vez, adquire dinheiro, via de regra, pela tributação. Ocorre que esta é, normalmente, impopular, podendo gerar revoltas que, como a História nos ensina, derrubam qualquer governo, por mais poderoso que ele seja. Assim, o estado descobriu que controlar a moeda lhe permite criar dinheiro do nada (sem lastro), sem causar o impacto e a revolta que a tributação causa. A criação de dinheiro sem lastro é chamada

de inflação (infla-se a base monetária), e sua consequência inevitável é o aumento dos preços, dada a desvalorização da unidade monetária. Nesse sentido:

No livre mercado, o dinheiro pode ser adquirido de duas formas: ou o indivíduo produz e vende bens e serviços desejados por terceiros, ou ele se dedica à mineração de ouro (um negócio tão lucrativo como outro qualquer, no longo prazo). Mas se o governo descobrir maneiras de praticar falsificação – criar dinheiro do nada –, então ele poderá, rapidamente, produzir o próprio dinheiro sem ter o trabalho de vender serviços ou de garimpar ouro. Ele poderá, assim, se apropriar maliciosamente de recursos e de forma bastante discreta, sem suscitar as hostilidades desencadeadas pela tributação. Com efeito, a falsificação pode criar em suas próprias vítimas a feliz ilusão de incomparável prosperidade.

Falsificação, evidentemente, nada mais é do que outro nome para a inflação – ambas criam um novo “dinheiro” que não é um metal como ouro ou prata e ambas funcionam similarmente. E assim podemos entender por que os governos são inerentemente inflacionários: porque a inflação monetária é um meio poderoso e sutil para o governo adquirir recursos do público, uma forma de tributação indolor e bem mais perigosa (ROTHBARD, 2013, p. 48).

Portanto, o controle do dinheiro pelo estado, exercido através dos Bancos Centrais, é a principal causa das crises econômicas e dos surtos de inflação seguidos de aumento generalizado dos preços que temos visto nas últimas décadas, como há tempos já explicaram os economistas da Escola Austríaca, notadamente Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek (Cf. DE SOTO, 2010 e 2012; ROTHBARD, 2012).

O comércio eletrônico (uso a expressão aqui em seu sentido lato, significando as negociações/contratações virtuais, por meio da *internet*) e a economia do compartilhamento (negociações P2P fundadas na autorregulação e sem controle de uma autoridade governamental), porém, podem ajudar a quebrar esse monopólio estatal sobre o dinheiro, com a criação e o desenvolvimento das criptomoedas, cujo exemplo mais significativo é o *bitcoin*.

Não se sabe ao certo quem criou o *bitcoin*, já que sua origem é um artigo publicado num fórum de criptografia em 2008, assinado por Satoshi Nakamoto, mas acredita-se que se trata de um pseudônimo, já que essa pessoa nunca apareceu em público, tendo desaparecido dos fóruns de que participava alguns anos depois da divulgação de sua revolucionária ideia.

O *bitcoin* é uma criptomoeda que utiliza uma tecnologia ponto-a-ponto (*peer-to-peer*) para criar um sistema de pagamentos *on line* que não depende de intermediários e não se submete a nenhuma autoridade regulatória centralizadora. O código do *bitcoin* é

aberto, seu design é público, não há proprietários ou controladores centrais e qualquer pessoa pode participar do seu sistema de gerenciamento coletivo. Enfim, o *bitcoin* é uma inovação revolucionária porque é o primeiro sistema de pagamentos totalmente descentralizado.

O comércio eletrônico tradicional é sempre feito através de intermediários (uma operadora de cartão de crédito, uma instituição financeira ou uma empresa de pagamentos *on line*, como o *PayPal*) e lastreado em uma moeda oficial (dólar, real, euro etc.). As transações com *bitcoins*, por sua vez, não dependem de intermediários e não são lastreadas em uma moeda oficial, mas no próprio *bitcoin*. Portanto, não se trata de apenas de um novo sistema de pagamentos, mas de uma nova moeda. Confira-se, a propósito, a seguinte explicação detalhada sobre o fenômeno:

#### O que é Bitcoin

Bitcoin é uma moeda digital *peer-to-peer* (par a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado. Ainda que à primeira vista possa parecer complicado, os conceitos fundamentais não são difíceis de compreender.

#### Visão geral

Até a invenção do Bitcoin, em 2008, pelo programador não identificado conhecido apenas pelo nome Satoshi Nakamoto, transações online sempre requereram um terceiro intermediário de confiança. Por exemplo, se Maria quisesse enviar 100 u.m. ao João por meio da internet, ela teria que depender de serviços de terceiros como PayPal ou Mastercard. Intermediários como o PayPal mantêm um registro dos saldos em conta dos clientes. Quando Maria envia 100 u.m. ao João, o PayPal debita a quantia de sua conta, creditando-a na de João. Sem tais intermediários, um dinheiro digital poderia ser gasto duas vezes. Imagine que não haja intermediários com registros históricos, e que o dinheiro digital seja simplesmente um arquivo de computador, da mesma forma que documentos digitais são arquivos de computador. Maria poderia enviar ao João 100 u.m. simplesmente anexando o arquivo de dinheiro em uma mensagem. Mas assim como ocorre com um e-mail, enviar um arquivo como anexo não o remove do computador originador da mensagem eletrônica. Maria reteria a cópia do arquivo após tê-lo enviado anexado à mensagem. Dessa forma, ela poderia facilmente enviar as mesmas 100 u.m. ao Marcos. Em ciência da computação, isso é conhecido como o problema do "gasto duplo", e, até o advento do Bitcoin, essa questão só poderia ser solucionada por meio de um terceiro de confiança que empregasse um registro histórico de transações.

A invenção do Bitcoin é revolucionária porque, pela primeira vez, o problema do gasto duplo pode ser resolvido sem a necessidade de um terceiro; Bitcoin o faz distribuindo o imprescindível registro histórico a todos os usuários do sistema via uma rede *peer-to-peer*. Todas as transações que ocorrem na economia Bitcoin são registradas em uma espécie de livro-razão público e distribuído chamado de *blockchain* (corrente de blocos, ou simplesmente um registro público de transações), o que nada mais é do que um grande banco de dados público, contendo o histórico de todas as transações realizadas. Novas

transações são verificadas contra o *blockchain* de modo a assegurar que os mesmos bitcoins não tenham sido previamente gastos, eliminando assim o problema do gasto duplo. A rede global *peer-to-peer*, composta de milhares de usuários, torna-se o próprio intermediário; Maria e João podem transacionar sem o PayPal.

É importante notar que as transações na rede Bitcoin não são denominadas em dólares, euros ou reais, como são no PayPal ou Mastercard; em vez disso, são denominadas em bitcoins. Isso torna o sistema Bitcoin não apenas uma rede de pagamentos descentralizada, mas também uma moeda virtual. O valor da moeda não deriva do ouro ou de algum decreto governamental, mas do valor que as pessoas lhe atribuem. O valor em reais de um bitcoin é determinado em um mercado aberto, da mesma forma que são estabelecidas as taxas de câmbio entre diferentes moedas mundiais.

### *Como funciona*

Até aqui discutimos o que é o Bitcoin: uma rede de pagamentos *peer-to-peer* e uma moeda virtual que opera, essencialmente, como o dinheiro online. Vejamos agora como é seu funcionamento.

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas "chaves", uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando a Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria uma mensagem, chamada de "transação", que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que João é o novo proprietário dos fundos. A transação – e portanto uma transferência de propriedade dos bitcoins – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um "bloco" do *blockchain* (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e *verificado* de todas as transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude.

Mas o que significa dizermos que "a rede" verifica as transações e as reconcilia com o registro público? E como exatamente são criados e introduzidos novos bitcoins na oferta monetária? Como vimos, porque o Bitcoin é uma rede *peer-to-peer*, não há uma autoridade central encarregada nem de criar unidades monetárias nem de verificar as transações. Essa rede depende dos usuários que proveem a força computacional para realizar os registros e as reconciliações das transações. Esses usuários são chamados de "mineradores", porque são recompensados pelo seu trabalho com bitcoins recém-criados. Bitcoins são criados, ou "minerados", à medida que milhares de computadores dispersos resolvem problemas matemáticos complexos que verificam as transações no *blockchain*. Como um analista afirmou,

A real mineração de bitcoins é puramente um processo matemático. Uma analogia útil é a procura de números primos: costumava ser relativamente fácil achar os menores (Erastóstenes, na Grécia Antiga, produziu o primeiro algoritmo para encontrá-los). Mas à medida que eles eram encontrados, ficava mais difícil encontrar os maiores. Hoje em dia, pesquisadores usam computadores avançados de alto desempenho para encontrá-los, e suas façanhas são observadas pela comunidade da matemática (por exemplo, a Universidade do Tennessee mantém uma lista dos 5.000 maiores).

No caso do Bitcoin, a busca não é, na verdade, por números primos, mas por encontrar a sequência de dados (chamada de "bloco") que produz certo padrão quando o algoritmo "hash" do Bitcoin é aplicado aos dados. Quando uma

combinação ocorre, o minerador obtém um prêmio de bitcoins (e também uma taxa de serviço, em bitcoins, no caso de o mesmo bloco ter sido usado para verificar uma transação). O tamanho do prêmio é reduzido ao passo que bitcoins são minerados.

A dificuldade da busca também aumenta, fazendo com que seja computacionalmente mais difícil encontrar uma combinação. Esses dois efeitos combinados acabam por reduzir ao longo do tempo a taxa com que bitcoins são produzidos, imitando a taxa de produção de uma commodity como o ouro. Em um momento futuro, novos bitcoins não serão produzidos, e o único incentivo aos mineradores serão as taxas de serviços pela verificação de transações.

O protocolo, portanto, foi projetado de tal forma que cada minerador contribui com a força de processamento de seu computador visando à sustentação da infraestrutura necessária para manter e autenticar a rede da moeda digital. Mineradores são premiados com bitcoins recém-criados por contribuir com força de processamento para manter a rede e por verificar as transações no *blockchain*. E à medida que mais capacidade computacional é dedicada à mineração, o protocolo incrementa a dificuldade do problema matemático, assegurando que bitcoins sejam sempre minerados a uma taxa previsível e limitada.

Esse processo de mineração de bitcoins não continuará indefinidamente. O Bitcoin foi projetado de modo a reproduzir a extração de ouro ou outro metal precioso da Terra – somente um número limitado e previamente conhecido de bitcoins poderá ser minerado. A quantidade arbitrária escolhida como limite foi de 21 milhões de bitcoins. Estima-se que os mineradores colherão o último "satoshi", ou 0,00000001 de um bitcoin, no ano de 2140. Se a potência de mineração total escalar a um nível bastante elevado, a dificuldade de minerar bitcoins aumentará tanto que encontrar o último "satoshi" será uma empreitada digital consideravelmente desafiadora. Uma vez que o último "satoshi" tenha sido minerado, os mineradores que direcionarem sua potência de processamento ao ato de verificação das transações serão recompensados com taxas de serviço, em vez de novos bitcoins minerados. Isso garante que os mineradores ainda tenham um incentivo de manter a rede operando após a extração do último bitcoin (ULRICH, 2014, p. 17-20).

O futuro do *bitcoin*, por enquanto, ainda é incerto. É provável que os governos de vários países usem toda a sua força contra essa criptomoeda, já que ela representa uma real possibilidade de quebra do monopólio estatal sobre o dinheiro, o que seria um grande avanço no caminho de uma sociedade mais livre e próspera.

## Considerações finais

Tal como as pessoas que começaram a praticar escambo, que viram o surgimento do dinheiro e que presenciaram a criação dos títulos de crédito, nós fazemos parte de uma geração privilegiada, que está não apenas observando, mas participando direta e ativamente de uma mudança revolucionária do curso da História: o desenvolvimento do comércio eletrônico e da economia do compartilhamento.

Engana-se, porém, quem acredita que estamos diante de uma revolução tecnológica cujos efeitos serão produzidos apenas na esfera econômica. O que há de mais extraordinário nessa nova etapa de evolução da humanidade é o fato de a tecnologia estar permitindo ao indivíduo ser realmente livre, fugindo das garras do Estado.

A autorregulação tem sido cada vez mais utilizada, mostrando sua inquestionável superioridade frente à regulação estatal. A possibilidade de empreender está deixando de ser um favor governamental e tornando-se uma prática acessível a qualquer pessoa. O sucesso de um empreendimento tende a não ser mais determinado pela posse de diplomas, autorizações ou licenças concedidos por políticos e burocratas, mas pela preferência manifestada dia-a-dia pelos consumidores dos seus produtos e serviços. Por fim, o desmantelamento dos monopólios estatais (próprios ou objeto de concessões) está comprovando que o livre mercado é infinitamente mais ético e eficiente no fornecimento dos bens e serviços que as pessoas precisam para viver em sociedade.

## Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Servanda, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume 3. 17. ed. São Paulo: RT, 2016.

DE SOTO, Jesús Huerta. **A Escola Austríaca**. Tradução de André Azevedo Alves. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

DE SOTO, Jesús Huerta. **Moeda, crédito bancário e ciclos econômicos**. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

MENGER, Carl. **Principles of Economics**. Glencoe: Free Press, 1950.

MISES, Ludwig von. **The Theory of Money and Credit**. New Haven: Yale University Press, 1951.

\_\_\_\_\_. **O cálculo econômico sob o socialismo**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

ROTHBARD, Murray N. **A grande depressão americana**. Tradução de Pedro Sette Câmara. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

\_\_\_\_\_. **O que o governo fez com nosso dinheiro?** Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SCHIFF, Peter. **O que é o dinheiro, como ele surge e como deve ser gerenciado**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. Disponível em <<http://mises.org.br/Article.aspx?id=1336>>. Acesso em 15 de junho de 2012.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

OS IMPACTOS DA POLÍTICA DO DUPLO DIVIDENDO TRIBUTÁRIO NO MERCADO DE TRABALHO: A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E AS PERSPECTIVAS BRASILEIRAS

*Douglas Henrique Marin dos Santos*

Doutor pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp); professor do Centro Universitário IESB; procurador Federal da Advocacia-Geral da União;

156

**Resumo:** O presente artigo apresenta uma introdução ao modelo tributário de tutela ao meio ambiente, recentemente adotado em países da Europa ocidental. Relata e discute a dicotomia e aparente paradoxo que divide a busca pelo desenvolvimento econômico, pela ampliação do mercado de trabalho e pela sustentabilidade ambiental. Debate e destaca o surgimento do chamado 'direito ambiental internacional' como decorrência da preocupação mundial com a proteção ao meio ambiente, independente dos limites dos territórios nacionais. Destaca que a tributação ambiental tem se destacado dentre os instrumentos econômicos úteis na tutela do meio ambiente. Traz à lume o modelo europeu de reforma tributária ambiental, cujo foco é o duplo dividendo (proteção dos recursos naturais somado ao desenvolvimento econômico). Evidencia, ainda, achados de estudos empíricos que relatam o sucesso do modelo na redução das emissões de CO<sub>2</sub> e na ampliação do mercado de trabalho. Ressalta e avalia a proposta de reforma tributária ambiental brasileira, apontando suas qualidades e suas falhas.

**Abstract:** This paper presents an introduction to the environmental tax model lately performed by Western Europe countries. It reports and discusses the dichotomy and apparent paradox that divides the pursuit of economic development, the expansion of the labor market and the environmental sustainability. It also highlights the emergence of so-called 'international environmental law' as a result of the global concern for environmental protection, regardless of the limits of national territories. It emphasizes that ecological taxation has distinguished between useful economic instruments in the protection of the environment. It also brings up findings of empirical studies reporting the success of the model in reducing CO<sub>2</sub> emissions and the expansion of the labor market. It reports the European model of environmental tax reform, which focuses on the double dividend (protection of natural resources combined with the economic development). Finally, it evaluate the proposal to Brazilian environmental tax reform and points out its qualities and flaws.

**Palavras-chave:** Tributação ambiental, duplo dividendo, sustentabilidade, mercado de trabalho.

### Introdução

A preocupação mundial com o meio ambiente e com sua tutela, repressiva e preventiva, tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas. O discurso é o do crescimento sustentável.

Deste modo, o crescimento econômico deve ocorrer de modo constante e equilibrado, permitindo que maximização de riquezas se concretize sob uma perspectiva de justiça e equidade, reduzindo as falhas de mercado e as potenciais externalidades do

processo produtivo.

A proteção ao meio ambiente deve integrar a agenda política e o interesse de todas nações do globo, uma vez que se associa diretamente com o conceito de *patrimônio comum da humanidade*.

São temas

que apenas fazem sentido enquanto reportados ao globo na sua totalidade: a sustentabilidade da vida humana na Terra, por exemplo, ou temas ambientais como a proteção da camada de ozônio, a preservação da Amazônia, da Antártida, da biodiversidade ou dos fundos marinhos. Incluo ainda nesta categoria a exploração do espaço exterior, da lua e de outros planetas, uma vez que as interações físicas e simbólicas destes com a terra são também patrimônio comum da humanidade. Todos estes temas se referem a recursos que, pela sua natureza, têm de ser geridos por fideicomissos da comunidade internacional em nome das gerações presentes e futuras” (SANTOS, 1997, p. 17-18).

157

Essa perspectiva global que permeia o discurso de proteção ao meio ambiente deu azo ao surgimento de um ramo próprio do direito internacional, que enfrenta não apenas questões transnacionais (tais como a poluição ou as mudanças climáticas), mas também a proteção da natureza no âmbito interno dos Estados. Tal ramificação do direito internacional público surge como decorrência natural da preocupação mundial com a proteção ambiental, independente do território onde se encontre (VARELLA, 2009).

O ‘direito internacional ambiental’ tem como marco inicial a *Declaração do Meio Ambiente*, subscrita no âmbito da Conferência das Nações Unidas de 1972, sediada em Estocolmo. Quase simultaneamente, as Recomendações C (72) 128, de 26 de maio de 1972, e C (74.223), de 14 de novembro de 1974, da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), delinearam o princípio do poluidor-pagador, suas estratégias de implementação e seus mecanismos de ação (PETITPIERRE-SAUVAIN, 2010, p. 174).

A Agenda 21, que culminou na realização da *Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento* (CNUMAD) de 1992, no Rio de Janeiro, prosseguiu na busca por novos padrões de desenvolvimento sustentável, calcados na proteção ao meio ambiente. Suas conclusões foram rediscutidas cinco anos depois, na 19ª Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (Rio +5).

O *Protocolo de Quioto*, de 1997, foi outro importante marco para o direito internacional ambiental, ao regulamentar e estabelecer os limites para as emissões de

gases nocivos à natureza, especialmente no que concerne às bases energéticas dos países desenvolvidos. Surgem, a partir daí, as discussões acerca dos *créditos de carbono*.

Mais recentemente, o chamado ‘direito fiscal tributário’ tem sido utilizado como instrumento hábil à prevenção, ao controle e à reparação das agressões ao meio ambiente. Trata-se de um meio indireto de conformação de comportamentos (Nabais, 2005, p. 420-421), cujo baldrame remonta à concessão de subsídios, subvenções, isenções, imunidades, tributos ambientais e outras formas de benefícios fiscais (NABAIS, 2005, p. 422).

O presente artigo aborda o modelo europeu de tributação ambiental (*green tax shifting* ou *double dividend*), descrevendo suas características e seus impactos nos países que o adotaram. O faz, em especial, sob a perspectiva da sustentabilidade ambiental e dos supostos benefícios na ampliação do mercado de trabalho. Alfim, avalia criticamente a proposta de emenda à Constituição Federal n° 353, de 2009, que explicitamente invoca do duplo dividendo como seu objetivo precípua.

## 1. O meio ambiente como patrimônio universal e a tributação como instrumento de tutela

Já foi dito que o meio ambiente é patrimônio comum da humanidade e direito fundamental, expressamente destacado na Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>40</sup> Sendo patrimônio comum, a proteção ao meio ambiente é interesse e responsabilidade comum da humanidade (Wolff, 2004), indo além das fronteiras e das noções clássicas de soberania. Afinal, as condutas omissivas ou descoordenadas de uns podem afetar, em um breve interregno, o território do outro e, num último estágio, afetar toda a humanidade.

Essa responsabilidade comum emerge desde a Declaração de Estocolmo de 1972, conforme destaque em seu Princípio 1: “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias em um ambiente cuja qualidade

---

<sup>40</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

lhe permita viver com dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...]".

A proteção ao meio ambiente, portanto, é dever dos Estados e de cada indivíduo. Como consequência desses direitos, deveres e responsabilidades, é possível sustentar a existência de um direito internacional do meio ambiente, que se consolidou no contexto da preocupação global com a proteção da natureza (VARELLA, 2009). Seu foco é a solidariedade entre as nações, em busca de uma governança solidária ambiental (WOLFF, 2004).

Os desafios não são pequenos. É natural que exista um embate entre os interesses privados e estatal na manutenção do equilíbrio ecológico. Afinal, a busca pelo desenvolvimento econômico e pelo lucro passa, necessariamente, por atividades que, em maior ou menor grau, exploram os potenciais do meio ambiente.

Não há produção de riqueza sem utilização de recursos ambientais. Tal ambivalência é essencialmente humana, pois a sobrevivência e a evolução da espécie passa pela preservação da natureza e, naturalmente, pela exploração econômica de seus recursos; não pode o homem ultrapassar seu contexto natural, sua dependência ambiental. Resta-lhe adequar-se a essa dependência, viabilizando meios de utilização adequada (sustentável) dos recursos naturais (DERANI, 2005, p. 641-642).

O debate ambiental, invariavelmente, revela-se subversivo, já que permeia e questiona todo processo moderno de produção da relação homem-natureza, revelando-se um dos cerne da conflituosidade da sociedade global (DERANI, 2005, p. 643).

O equilíbrio (ou ao menos a busca da harmonia) entre explorar e proteger os recursos naturais envolve a noção de sustentabilidade e a intervenção social e do Estado nos processos produtivos. A atuação estatal se dá como consequência natural de falhas de mercado e de externalidades<sup>41</sup> relacionadas à atividade econômica (BURGESS & STERN, 1993, p. 763).

Uma das vertentes instrumentais dessa harmonização é o direito tributário ambiental. A proposta de utilização do sistema tributário como instrumento de proteção

---

<sup>41</sup> A poluição ambiental é um exemplo de externalidade. Em outras palavras, o mercado atinge terceiros não relacionados à atividade econômica. A doutrina moderna entende pela necessidade de que os custos das externalidades sejam internalizados pelos poluidores.

à natureza remete, de acordo com a doutrina, ao economista inglês Arthur Cecil Pigou, que no início do século XX sugeriu que as externalidades negativas poderiam ser combatidas com a utilização de sobrepreços.

As ideias *pigouvianas* lograram êxito acadêmico, porém não repercutiram na política ambiental até os anos 70, quando foram introduzidas os primeiros ‘tributos ecológicos’. Foi nesse período que o princípio do poluidor-pagador restou adotado pela OCDE no primeiro programa de ação em matéria ambiental (Garcia, 1998, p. 245).

Resultante da evolução dos direitos humanos e direitos coletivos, a tributação ambiental induziu os Estados a exigirem dos particulares condutas voltadas ao amparo ao meio ambiente. Surge, assim, uma tributação voltada à consecução de aspirações coletivas e desligada da pura e simples arrecadação (Becker, 2002, p. 587).

## **2. Os mecanismos da tributação ambiental e a experiência do duplo dividendo**

A tributação estatal voltada ao amparo ambiental se dá indiretamente, por intermédio de incentivos a comportamentos que valorem positivamente a proteção à natureza. Trata-se de uma aparente subversão do conceito clássico de tributação: o objeto primário do direito fiscal é arrecadatório e, apenas num segundo momento, regulatório.

Enquanto instrumento de arrecadação, a tributação está sujeita ao princípio da equidade, utilizado como critério da capacidade contributiva do contribuinte (*ability to pay principle*) (TEIXEIRA, 2010, p. 56). O uso da tributação, com vistas a alterações comportamentais, conduz uma ‘derrogação’ do princípio da capacidade contributiva. Isso se justifica pelos altos custos sociais desencadeados por condutas que possam redundar em danos ou riscos ambientais (VICENTE, 2006, p. 186).

A esse modelo de manejo alternativo do objeto dos tributos, essencialmente regulatório e potencialmente alheio à arrecadação, dá-se o nome de extrafiscalidade (CARVELHO, 2005, p. 234-235). Essa funcionalização do direito tributário deve ser, sempre, direcionada à efetivação dos valores jurídico-constitucionais (FREITAS, 2005, p. 177).

A extrafiscalidade, portanto, se vale de meios tributários para fins não-fiscais, induzindo o contribuinte a fazer ou deixar de praticar determinada conduta em virtude de

valores constitucionais voltados à consecução do interesse público (CARRAZZA, 2007, p. 399).

No âmbito da tutela do meio ambiente, a extrafiscalidade pode assumir duas formas distintas. O Poder Público pode utilizar-se de exações que já integram o sistema tributário, dando-lhes caráter extrafiscal destinado ao preenchimento da finalidade ambiental (preventiva e repressiva) (GONÇALVES; MURAYAMA, 2006, p. 32) ou instituir novos tributos, exigidos em razão do uso do meio ambiente pelos agentes econômicos, em virtude de atos ou situações apenas indiretamente a ele conexo (BRAGA; CASTRO, 2006, p. 183).

Na concepção que interessa ao presente trabalho, são tributos ambientais todos aqueles que busquem a indução de comportamentos preventivos em favor da proteção do meio ambiente ou, então, que permitam ao Estado reprimir ações indesejáveis ao interesse público ambiental, aliando tais resultados à sustentabilidade econômica.

Tais ‘tributos verdes’ atingiram um notável patamar de efetividade na tutela do meio ambiente, a partir do modelo introduzido pela reforma tributária ambiental europeia: o *green tax shifting* ou *double dividend* (duplo dividendo). Ao lado da taxação das atividades nocivas ao meio ambiente e da consequente proteção ambiental, o sistema tem gerado um aumento dos níveis de emprego. Daí o ‘duplo dividendo’.

No Brasil, o sistema tributário nacional, estabelecido pela Constituição de 1988, pouco ou nada prevê no campo da extrafiscalidade ambiental. Por isso, corre no Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição prevendo uma reforma tributária ambiental baseada no modelo europeu.

### **3. Duplo dividendo: os resultados europeus e as perspectivas brasileiras**

A sustentabilidade, enquanto parâmetro indispensável ao desenvolvimento econômico, perpassa diferentes ramos da ciência jurídica, que devem considerar os princípios de natureza ambiental em razão do interesse, comum e universal, na proteção dos recursos naturais. O direito ambiental, por isso, é considerado horizontal ou de integração, uma vez que percorre e amolda a base principiológica do direito para nela introduzir a ideia de preservação (RIBAS, 2005, p. 684-685).

Com efeito, o sistema tributário não deve perder de vista os princípios do direito

ambiental, ainda que seu objeto funcione, essencialmente, sobre fatores econômicos. Nesse sentido, a atividade legislativa tributária deve observar, indisponivelmente, a perspectiva da sustentabilidade, implementando tributos eficientes e eficazes sob o prisma da arrecadação e da proteção dos recursos naturais (RIBAS, 2005, p. 685).

Importa realçar que, no entanto, não existe um modelo universal de tributação ambiental. Ou, ao menos, um modelo que permita a utilização do sistema tributário como um instrumento eficaz de proteção ao meio ambiente: preventivo e repressivo e menos reditício.

Contudo, existem algumas iniciativas que ganharam destaque nos últimos anos justamente por sua eficácia regulatória, valorizando a neutralidade tributária e a sustentabilidade econômica, ao harmonizar a dicotomia de difícil solução: crescimento econômico e preservação ambiental.

Entre essas iniciativas, merece destaque a reforma ambiental tributária conduzida por alguns países europeus, que resultou no aprimoramento dos ‘tributos verdes’ ou ‘ecológicos’. Ainda que a tributação sobre combustíveis, energia e automóveis ainda corresponda a cerca de 90% (noventa por cento) da arrecadação desses tributos, novas exações têm sido criadas com o fito de ampliar os limites e parâmetros de preservação. Destacam-se os tributos sobre sacolas de plástico, baterias, pesticidas, fertilizantes, dióxido de enxofre e emissões de gases não relacionados à produção de energia (MILNE, 2007).

Muitas dessas novas exações têm adotado uma abordagem neutra em termos de receitas fiscais, resultando no modelo tributário-ambiental chamado de *green tax shifting* ou *double dividend*. Nesse sistema, a receita da arrecadação é revertida em alívio fiscal de outros encargos nocivos à sociedade e à a atividade econômica, em especial aqueles relacionados à segurança social e ao o trabalho (MILNE, 2007).

Conforme destacam Park e Pezzey (1999, p. 263); “the double dividend debate is concerned with the idea that an environmental tax results in more than just an environmental improvement. The double dividend hypothesis suggests that both the environment and the efficiency of the tax system are improved”.

O modelo inaugurado pelo duplo dividendo é, portanto, uma abordagem política que sugere um aumento na tributação das atividades ‘negativas’, tais como o uso de recursos naturais ou a emissão de gases, e a conseqüente redução na tributação sobre

atividades ‘positivas’, tais como o trabalho e a geração de empregos. Nesse regime, a receita fiscal tributária total permanece constante e o mercado de trabalho de trabalho pode ser ampliado graças às exações ambientais (PARK; PEZZEY, 1999, p. 263).

O sistema tributário de alguns países europeus (Áustria, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Holanda, Suécia, Reino Unido, dentre outros) absorveu o modelo do duplo dividendo. Os resultados, desde então, têm sido avaliados e monitorados pela literatura empírica (PARK; PEZZEY, 1999, p. 265).

Segundo o governo dinamarquês, o sistema do duplo dividendo, isoladamente, tem o potencial de criar, até 2020, um milhão de novos empregos na União Europeia, com uma redução mínima de 0,04% no produto interno bruto do bloco dos países europeus (THE DANISH ECOLOGICAL COUNCIL, 2014).

Patuelli, Nijkamp & Pels (2005, *passim*), em revisão sistemática de literatura empírica, concluíram que os efeitos da reforma tributária ambiental, nos países europeus que adotaram o duplo dividendo, são consistentes com a redução das emissões de CO<sup>2</sup>. Ademais, sustentam existir evidências incontrovertidas e robustas acerca dos benefícios da reforma tributária ambiental no mercado de trabalho dos países envolvidos. Os dados acerca do impacto dos tributos ‘ecológicos’ no Produto Interno Bruto (PIB) dos países pesquisados são inconclusivos.

Outros estudos empíricos sugerem que a reforma tributária ambiental, calcada no duplo dividendo, países com altos índices de sonegação ou evasão fiscal também podem beneficiar-se do modelo europeu de reforma tributária ambiental (Liu, 2010, *passim*).

Diante desse quadro e do entusiasmo que o modelo tem proporcionado, parte da doutrina insinua que sua ampliação poderá propiciar à Europa o adimplemento de suas metas de emissão de CO<sup>2</sup> ao custo de pequenas perdas no PIB e relevantes ganhos nos índices de emprego (Lutz & Meyer, 2010, *passim*).

O Brasil, no entanto, não possui política pública semelhante. Há óbice, primeiramente, no sistema tributário delineado pela Constituição Federal, que não demonstra quaisquer preocupações com as políticas de tributação ‘ecológica’, sendo ambientalmente irrelevante.

De fato, apesar de fazer uso de outros instrumentos e modelos de preservação

ambiental<sup>42</sup>, o Brasil possui um sistema tributário que ignora as exações ambientais e o potencial extrafiscal desse modelo<sup>43</sup>. A indiferença e o despreço pelos instrumentos fiscais ambientais é especialmente alarmante em um país cujas emissões de gases têm crescido exponencialmente ao lado do desenvolvimento econômico e que, recentemente, enfrenta uma grave crise de desemprego.

Releva destacar, no entanto, que em 2009 foi submetida ao Congresso Nacional a proposta de emenda à Constituição Federal nº 353, que estabelece diretrizes gerais para a ‘Reforma Tributária Ambiental’.

<sup>42</sup> Grande parte da matriz energética brasileira é renovável; o chumbo nos combustíveis foi eliminado desde 1992; a política indigenista de criação de reservas é única no mundo; existem centenas de unidades de proteção integral e de unidades de uso sustentável (Lei 9.985, de 18 de julho de 2000), dentre outras iniciativas protetivas.

<sup>43</sup> Talvez a única exceção seja a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico relacionada à comercialização de combustíveis (CIDE-Combustíveis). A Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001, instituiu a Cide-Combustíveis, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de gasolina e suas correntes, diesel e suas correntes, querosene de aviação e outros querosenes, óleos combustíveis, gás liquefeito de petróleo (GLP), inclusive o derivado de gás natural e de nafta, e álcool etílico combustível. Tal exação foi criada com fundamento nos artigos 145 e 177, §4º, da Constituição, *verbis*:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)”

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

- a) diferenciada por produto ou uso;
- b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Em sua exposição de motivos a proposta faz referência ao duplo dividendo europeu, destacando que sua implementação

[...] majoritariamente resultou em fator positivo para o controle dos gases de efeito estufa, para a criação de empregos e para o aumento da produção interna bruta. Contribuiu para isso o fato de o aumento das receitas derivadas de tributos verdes ter sido utilizado para compensar e justificar a diminuição da carga tributária de fatores produtivos, como investimentos, pagamento de empregados e rendas em geral (BRASIL, 2009, p. 4).

Assim, inspirada na reforma tributária ambiental europeia, a proposta brasileira surgiu como um alento. No decorrer do texto, à preocupação com as emissões de gases, soma-se o intento de preservação da biodiversidade, a proteção dos cursos hídricos contra emissões poluentes e a reciclagem de insumos metálicos e plásticos.

No entanto, ainda que a proposta destaque a progressividade tributária relacionada à função sócio ambiental da propriedade<sup>44</sup>, a seletividade e a responsabilidade sócio ambiental<sup>45</sup>, a progressividade das alíquotas atrelada à emissão de gases poluentes por veículos automotores<sup>46</sup> e ao atendimento da função socioambiental da propriedade<sup>47</sup>, não se vislumbra no texto da emenda qualquer preocupação com a desoneração da cadeia produtiva, especialmente dos custos relacionados ao trabalho.

Carece a proposta, portanto, do elemento essencial relacionado à reforma tributária ambiental europeia: o duplo dividendo. No modelo proposto pela PEC 353, criam-se mecanismos fiscais de tutela ao meio ambiente (que podem incrementar a carga tributária) sem a contrapartida relacionada ao alívio das exações relacionadas às atividades ‘positivas’ (criação de postos de trabalho, previdência, investimento, pesquisa, etc.).

A proposta brasileira incorpora, na verdade, o princípio poluidor-pagador, cuja

<sup>44</sup> Art. 153 (...) § 4º, inciso I – será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a estimular o respeito à função socioambiental da propriedade;

<sup>45</sup> Art. 153 (...) § 5º-A Os impostos previstos neste artigo, sempre que possível, orientar-se-ão pela seletividade socioambiental e terão suas alíquotas fixadas em função da responsabilidade socioambiental das atividades desempenhadas pelo contribuinte.

<sup>46</sup> Art. 155 (...) § 6º, inciso II-A – terá alíquotas diferenciadas em função do consumo energético e da emissão de gases poluentes por veículo.

<sup>47</sup> Art. 156 (...) § 1º, inciso II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel e o respeito à função socioambiental da propriedade.

fonte remete às externalidades relacionadas ao uso inadequado de recursos; uma resposta estatal às falhas de mercado (SADELEER, 2009, *passim*). Não se atenta, todavia, com os efeitos positivos relacionados à diminuição das taxas de desemprego.

Tal desapego revela-se especialmente grave quando se tem em conta que os resultados positivos – ambientais e socioeconômicos - da reforma tributária ambiental europeia estão essencialmente ligados ao duplo dividendo (PATUELLI, NIJKAMP; PELS, 2005, *passim*).

Nada obstante seus vícios, a PEC 353, de 2009, representou avanços por ter lavado ao auditório legislativo debates que permaneciam limitados à doutrina. Em 2012, no entanto, a proposta foi arquivada, com fulcro no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.<sup>48</sup>

## Conclusão

Dentre os instrumentos econômicos úteis na tutela do meio ambiente, o papel desempenhado pelos tributos é crescente. Trata-se de um mecanismo que, caso adequadamente utilizado, pode contribuir na harmonização de fatos sociais aparentemente dicotômicos: o desenvolvimento econômico e social e a proteção ao meio ambiente.

A natureza é patrimônio comum da humanidade e sua preservação é de responsabilidade de todos: Estados e cidadãos. Com baldrame nessa realidade moderna surge o direito ambiental internacional, como resposta à preocupação global com a proteção ambiental, independente do território onde se encontre.

Uma das vertentes instrumentais desse movimento em direção à preservação do ambiente é o direito tributário ambiental. Apesar do reconhecimento acerca de sua importância, não existe um modelo universal de tributação ambiental.

Alguns países europeus, no entanto, têm desenvolvido políticas tributárias

---

<sup>48</sup> “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as (...)”

ambientais focadas no modelo duplo dividendo. Trata-se de um sistema neutro em termos de arrecadação: a tributação sobre atividades nocivas ao meio ambiente permite que sejam desoneradas atividades benéficas à sociedade, especialmente aquelas relacionadas ao mercado de trabalho. Daí o duplo dividendo que justifica sua denominação.

Existem evidências empíricas que a reforma tributária ambiental, quando fulcrada no predito mecanismo, é capaz de induzir a redução de emissões e o aumento nos postos de emprego. Alguns estudos sugerem, ainda, que o sistema pode reduzir a evasão fiscal.

No Brasil, a Constituição de 1988 não se preocupou com a tributação ambiental. A experiência brasileira é incipiente e tem se revelado, ao longo dos anos, como um conjunto de medidas fiscais descoordenadas, sem fundamento empírico.

Ciente disso, o Congresso Nacional debateu a proposta de emenda à Constituição brasileira nº 353, de 2009, cujo objeto é a reforma tributária ambiental. Em sua justificativa e exposição de motivos, o projeto presta loas ao duplo dividendo e sugere a sua adoção no país, ressaltando a necessidade de ajustes à realidade nacional.

Arquivada em 2012, o texto da predita PEC não se preocupava, no entanto, com a desoneração tributária do trabalho. Ainda que mencionasse os benefícios advindos do modelo europeu do duplo dividendo, o projeto não era dotado dos instrumentos aptos à sua verdadeira implementação.

O sistema tributário de tutela ambiental é ineficiente (ou inexistente) e assim continuará. Como reza um dos princípios essenciais da economia comportamental, ‘as pessoas reagem a incentivos’. Do mesmo modo, as corporações e Estados. A proteção ao meio ambiente, interesse de todos, deveria ser incentivo suficiente para que as nações buscassem modelos tributários eficientes, neutros, fiscalmente justos e aptos a tutelar a natureza.

Afinal, conforme se demonstrou, um sistema adequadamente desenvolvido, avaliado e monitorado pode reduzir as práticas atentatórias aos recursos naturais e, como consequência, expandir o mercado de trabalho.

Além do duplo dividendo, em um uma perspectiva ulterior, um dos possíveis caminhos virtuosos em favor de uma tributação eficiente e apta a estimular o desenvolvimento sustentável seria a harmonização dos sistemas fiscais nacionais em matéria de meio ambiente, com a internalização dos custos pelo poluidor, por intermédio

de um modelo que permita preservar a natureza sem causar prejuízos ao desenvolvimento econômico.

O isolamento dos sistemas tributários nacionais, muito compartimentalizados e icônicos de um modelo de soberania em alta erosão, deve ser revisto. O meio ambiente é patrimônio da humanidade, cuja utilização compartilhada, racional e equitativa depende, fortemente, da propagação de um modelo de sistema tributário que una crescimento e resguarde a natureza e seus recursos. Um modelo de governança solidária ambiental.

O duplo dividendo, ousa-se afirmar, revelou-se um largo passo nessa direção.

## Referências

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002

BRAGA, Guilherme; CASTRO, Katiana Bilda. Apontamentos Gerais do Direito Tributário Ambiental. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (coord.). **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Proposta de Emenda à Constituição n. 353, de 2009. Exposição de Motivos.

BURGESS, R.; STERN N. Taxation and Development. **Journal of Economics Literature**, 31 (2), 762-830, 1993

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DERANI, Cristiane. Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Marcus de. Questões Relevantes Acerca da Extrafiscalidade no Direito Tributário. **Revista Interesse Público**, n. 34, nov/dez 2005.

GARCÍA, Aurelio de Prada. Justicia y protección fiscal del medio ambiente. In: STERLING, Ana Yábar (Org.). **Fiscalidad ambiental**. 1.ed. Barcelona: Cedecs, 1998

GONÇALVES, Fábio Fraga; MURAYAMA, Janssen Hiroshi Murayama, Releitura do Princípio da Capacidade Contributiva sob a Ótica do Direito Tributário Ambiental. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (coords.). **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

LIU, A.A. **Tax Evasion and the Double Dividend** (November 2, 2010). Disponível em Social Sciences Research Network (SRN): <http://ssrn.com/abstract=1702000>. Acesso em 20 de setembro de 2011

LUTZ, Christian; MEYER, Bernd. Environmental Tax Reform in the European Union: Impact on CO<sub>2</sub>Emissions and the Economy. **Zeitschrift fur energiewirtschaft**. 34(1), 1-10, 2010

MALJEAN-DUBOI, Sandrine. A implantação do direito internacional do meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009. Disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/MarceloV\\_AnaBP.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MarceloV_AnaBP.pdf).

MILNE, Janet Milne. Environmental taxation in Europe and the United States. In: **Encyclopedia of Earth**. Eds. Cutler J. Cleveland (Washington, D.C.: Environmental Information Coalition, National Council for Science and the Environment), 2007. Disponível em [http://www.eoearth.org/article/Environmental\\_taxation\\_in\\_Europe\\_and\\_the\\_United\\_States](http://www.eoearth.org/article/Environmental_taxation_in_Europe_and_the_United_States).

MOLINA, Pedro M. Herrera. Propuestas para la Elaboración de un Código Tributario Ambiental?. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (coord.). **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

NABAIS, José Casalta. Direito Fiscal e Tutela do Ambiente em Portugal. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio ambiente**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PARK, Andrew; PEZZEY, John C.V. Variations of the Wrong Themes? A Structured Review of the Double Dividend Debate. In: Sterner, T. **The Market and the Environment: The Effectiveness of Market Based Policy Instruments for Environmental Reform**. Edward Elgar Publishing: Cheltenham, 1999.

PATUELLI, Roberto; NIJKAMP, Peter; PELS, Eric, Environmental Tax Reform and the Double Dividend: A Meta-Analytical Performance Assessment. **Ecological Economics**, 55 (4): 564–83, 2005

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. Le principe polluer-payeur: mode d'internalisation des coûts. In: TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). **Os 10 anos de investigação do CIJE. Estudos jurídicos-económicos**. Coimbra: Almedina, 2010

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005

SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org.). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB,

2009. Disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/MarceloV\\_AnaBP.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MarceloV_AnaBP.pdf).

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho, p. 11-32

SOARES, Cláudia Dias Soares. **O Imposto Ambiental: Direito Fiscal do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002

TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

THE DANISH ECOLOGICAL COUNCIL. **Green tax shift boosts employment**. Disponível em [http://www.foes.de/pdf/2014\\_08\\_07\\_Memo\\_Employment%20and%20EFR\\_GBE.pdf](http://www.foes.de/pdf/2014_08_07_Memo_Employment%20and%20EFR_GBE.pdf)

VEIGA, José Eli da. **Cidades Imaginárias. O Brasil é menos urbano do que se calcula**. Campinas: Autores Associados, 2002.

VICENTE, Carlos. A extrafiscalidade dos impostos especiais sobre o consumo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. A. 3, p. 185-88, 2006

WOLFF, Simone. Meio ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade. In: **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 6, n. 67, Dez/Dez 2004.

## DELIMITANDO DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS

*Diogo Palau Flores dos Santos*

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado da União. Professor do Centro Universitário IESB.

*Paulo José Leite Farias*

Pós-doutor pela Universidade Boston. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito e Estado pela Universidade Brasília (UnB). Promotor de Justiça – MPDFT. Professor do Centro Universitário IESB.

171

**Resumo:** O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem uma correta identificação dos direitos em processos coletivos. Em que pese os avanços teóricos e conceituais dos interesses e direitos coletivos, ainda persiste problemas práticos, que colocam em discussão as razões pelas quais se fundam os conflitos desse tipo. Importa que haja uma revisão crítica dos institutos processuais de forma a permitir primeiramente identificar do ponto de vista prático o direito material em discussão para somente então se precisar os resultados práticos dos direitos coletivos.

**Palavras-chave:** Classificação de Direitos. Processos Coletivos.

**Abstract:** This paper seeks to establish elements that provide a correct identification of rights in collective processes. Despite the theoretical and conceptual advances the interests and collective rights, there is still practical problems, which put in discussion the reasons are based conflicts of this kind. There must be a critical review of procedural institutes to enable first identify the practical point of view the right stuff under discussion for only so if you need the practical results of collective rights.

**Key-words:** Classification of Rights . Collective processes.

**Sumário:** I. Introdução. II. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual? III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos. IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos. V – Referências.

### 1. Introdução

Hodiernamente é relativamente incontroverso que se deva dar um tratamento coletivo para tipos de conflito que suscitam discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil “clássico” (expressão aqui utilizada para se referir à Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os “práticos do Direito” (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada “Teoria Geral do Processo” não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada “trilogia fundamental do processo”, que envolve o estudo da “ação”, “jurisdição” e “processo”, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os práticos do Direito nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, “algo que se apresenta”) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos “teóricos do Direito” para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não poderiam ser identificados *a priori* ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

A dupla abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa (Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica -

Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um propalado “sistema” de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Com efeito, tornou-se lugar comum se criticar ou delimitar em que nível os institutos da legitimação, representação, efeitos e extensão da coisa julgada poderiam ser aplicados aos processos transindividuais. Uma das principais discussões seriam os problemas adjacentes de litispendência, porquanto já se consagrara como um postulado de que não haveria que se considerar que uma demanda individual seria igual a uma demanda coletiva. Um exemplo hipotético poderia bem ilustrar a problemática: um sindicato *X* de uma determinada categoria profissional de servidores públicos *Y* propõe uma demanda em face da União; paralelamente um servidor *Z* da mesma categoria profissional *Y* propõe uma demanda com os mesmos pedidos também em face da União. Nesse caso hipotético, trabalhando com os conceitos na forma clássica não haveria litispendência (art. 337, §1º, CPC/2015), porquanto as partes formalmente consideradas não são as mesmas; da mesma forma, não haveria litispendência, pois não haveria a ocorrência dessa situação em caso de comparação de processos coletivos e processos individuais (art. 104, CDC).

Em que pese o resultado teórico dessa abordagem seja bastante útil para a condução dos processos, uma vez que traduz um direcionamento bastante objetivo de como os tribunais devem agir, cria um problema prático de ordem substancial no caso de procedência dos pedidos em ambos processos, qual seja eventual pagamento em duplicidade pela União ao servidor *Z*, visto que os dois processos teriam o seguimento não obstaculizado. Nessa situação, poder-se-ia admitir que o servidor *Z* poderia inclusive escolher a melhor situação processual de acordo com os seus interesses, abrindo mão de um título executivo. Essa seria uma hipótese de se evitar constrangimentos práticos, mas que ainda precisaria passar pelo crivo de um refinamento da essência da defesa coletiva de direitos, conforme se pretende fazer neste trabalho.

Seja como for, é corrente na doutrina se analisar a situação processual de acordo com o resultado final do processo, sintetizada na expressão *secundum eventum litis*, que significa afirmar que, em caso de procedência dos pedidos haverá coisa julgada, sendo o comando do dispositivo imutável e *erga omnes*, ou seja, independentemente de terem participado formalmente da relação processual. Entretanto, em caso de improcedência dos pedidos, tem-se que analisar uma outra particularidade: a sentença de improcedência ocorrerá por falta de provas, não haverá coisa julgada, já se for por outro motivo que não a falta de provas, haverá a coisa julgada. No primeiro caso (falta de provas), outra ação civil poderia ser proposta, desde que fundada em novas provas. Pois bem, nesse cenário, no exemplo referido acima, se há uma decisão judicial na demanda proposta pelo sindicato X julgando improcedente os pedidos e uma decisão favorável na demanda ajuizada por Z, qual deveria prevalecer?

Em que pese haja elementos dogmático-epistêmicos (conforme se voltará a referir mais a frente) que procurem resolver o cenário acima, por exemplo, no sentido de que o pressuposto da existência de um processo coletivo é proteger os direitos e não impedir o seu exercício e que por essa razão deveria prevalecer a decisão individual, a situação não é tão simples de se revolver como se apresenta, porquanto haveria de fato uma decisão desfavorável para toda uma categoria, uma contradição entre duas coisas julgadas, que a Teoria Geral ainda não resolvera.

É bem verdade que há sérias controvérsias na doutrina sobre esse segundo problema (coexistência de coisas julgadas antagônicas), contudo, este não é o cerne do presente trabalho, mas sim, procurar revisitar de forma crítica a proteção coletiva de direitos de forma que haja uma adequada resposta prática.

## **2. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual?**

A propalada Teoria Geral do processo representa uma tentativa de teorização e classificação de conceitos e institutos que seriam aplicáveis e utilizáveis de forma geral e abstrata em qualquer ordenamento jurídico. Evidencia-se, assim, uma concepção pretensamente científica que procura enunciar conceitos relacionados à função do Estado em solucionar conflitos coercitivamente.

Nesse sentido, esclarecem Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa

Inspirados na Jurisprudência dos Conceitos germânica (também chamada de Escola Pandectística), os processualistas tipicamente partem do pressuposto de que a análise do direito positivo permite a identificação das categorias fundamentais do processo e que, uma vez devidamente esclarecidos esses conceitos, eles podem ser recompostos na forma de um sistema unitário e coerente de conhecimentos.

Essa tendência à abstração universalizante se mostra especialmente forte no cuidado com que os juristas constroem definições rigorosas e estabelecem largos debates sobre os limites dessas conceituações, gerando uma infundável sequência de taxonomias: pressupostos processuais, condições da ação, tipos de sentenças, modalidades de provimentos judiciais etc. Nesses debates, não se busca apenas uma classificação dos elementos presentes em um direito positivo, mas a elaboração de categorias abstratas que deveriam orientar os legisladores na elaboração das leis processuais e os juízes no processo de aplicação. Assim, o discurso processual nunca se constituiu como uma mera explicação do direito vigente, pois ele sempre esteve envolvido na busca de parâmetros para o exercício adequado da legislação e da jurisdição (COSTA; COSTA, 2001, p. 1).

Revela notar que os teóricos do direito processual utilizam os conceitos categorizados para o fim de analisar ou inspirar as reformas legislativas, num propósito nitidamente cientificizante, portanto, com pretensão de validade, para o fim de direcionar o acerto ou desacerto da empreitada normativa:

Um reflexo dessa perspectiva é o fato de que os processualistas avaliam a qualidade das leis que reformam o sistema processual tomando como parâmetro a medida em que elas se amoldam ao quadro conceitual dominante, o que permite classificá-las como técnicas ou atécnicas. Curiosamente, é nesse enfoque prescritivo que se costuma identificar o caráter científico da teoria processual, pois essas concepções se apresentam como científicas na medida em que conformam um discurso dogmático prescritivo baseado na sistematização de certas categorias às quais se atribui uma validade universal, em virtude de seu pretenso caráter racional.

As principais categorias que constituem esses sistemas conceituais são aquelas que integram a chamada trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Mas várias outras categorias teóricas entram no mesmo espaço: lide, conflito e interesse, por exemplo. Entende-se que essas categorias não são determinadas pela experiência histórica, mas que elas mantêm uma forma definida ao longo da história. Portanto, os direitos positivos não as alteram, limitando-se a regular os modos de sua concretização em cada contexto social.

Aqui, é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais. Também é marcante a influência da perspectiva more geométrico de pensadores como Espinosa e Leibniz, que inspiram a posição formalista e sistemática dos pandectistas alemães, que tratam os conceitos como elementos independentes da realidade social em que afluam. O puro conceito, como os conceitos matemáticos, transcende a realidade em que ele é captado e constitui um elemento cuja

permanência possibilitaria um conhecimento científico do direito. (COSTA; COSTA, 2011, pp. 1-2)

A percepção de uma tentativa de cientificização de institutos processuais é também encontrada de forma geral nos sistemas de *civil law* através de seu desenvolvimento histórico de processos de codificação de normas jurídicas, porquanto, haveria um esforço de tornar textualmente normativo o que se desenvolvia na prática de solução de conflitos.

Exemplo dessa constatação é o ocorrido com o Direito Civil, conforme se verifica na argumentação de Ricardo Manuel Rojas ao analisar a influência da criação da ordem espontânea no Direito, com os problemas advindos do processo de codificação, porquanto se tiraria a essência da razoabilidade de se criar a norma no caso concreto:

Originalmente, el derecho romano tuvo una evolución similar a la del common law anglosajón, desarrollada a partir de la solución de conflictos concretos por parte de los pretores, con el asesoramiento de los expertos em derecho. Esta tradición fue compilada y codificada por orden del emperador Justiniano em 533, incluyendo tópicos como el derecho de las personas, familia, sucesiones, propiedad, responsabilidad por daños, enriquecimiento ilícito y contratos. La mayoría de los códigos civiles sancionados a partir del siglo XVIII trataron sustancialmente los mismo temas, y todos ellos fueron incluidos em lo que se dio em llamar el “derecho civil” (ROJAS, 2004, p. 84).

Ressalte-se que é a partir da inspiração das correntes filosóficas iluministas e racionalistas, surgiu o positivismo jurídico, mitigando hipóteses que deveriam ser propiciadas pela interpretação a ser realizada de forma racional em cada situação de conflito:

Esta concepción respecto de los Códigos tuvo como consecuencia necesaria al llamado “positivismo jurídico”, nacido em la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica susceptible de ser alcanzada mediante la razón, constituían una normatividad intrínsecamente perfecta y justa; por primera vez em la historia, razón y legislación positiva coincidían. Por ello se pretendía a toda costa evitar que mediante la interpretación de los textos legales se alterara esse desiderátum de perfección racional jurídica; de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era ‘susceptible de ideología subversiva y principio de anarquía’ (ROJAS, 2004, p. 97).

Pode-se afirmar que havia no processo de codificação uma abordagem pragmática de se encontrar soluções preestabelecidas para casos de conflitos considerando a experiência romanista; uma solução prática que fora utilizada para resolver um determinado caso passara a ser uma regra generalizante para casos futuros. Em que pese se possa identificar os problemas dessa empreitada, era o que se tinha como inspirador das correntes do início do século XIX, no sentido de se tentar construir uma ciência jurídica, apta a estabelecer categorias ideais e pretensamente universais:

Tratava-se de um momento em que somente era reconhecida a cientificidade de conhecimentos que tratassem de objetos imutáveis, como as leis da física, da química e da biologia. Fora disso, haveria arte, haveria técnica, mas não haveria ciência propriamente dita. Por isso mesmo é que a chamada ciência do processo tem origem em uma tentativa de “absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos”. Essa perspectiva introduz no pensamento jurídico uma intensa busca por formalização, já que a forma seria o elemento permanente e universal dos objetos empíricos.

Nesse quadro, as múltiplas contingências do processo histórico somente se mostram inteligíveis na medida em que elas são apreendidas por meio das formas que estruturam a realidade. Assim como a química era uma ciência analítica que decompunha a matéria em elementos mais simples para compreender as suas relações, a ciência jurídica deveria decompor o direito em seus elementos constitutivos (os conceitos), com o objetivo de identificar os elementos fundamentais que estruturam a forma da realidade. Esse projeto gerou uma profunda revisão dos conceitos jurídicos, que adquiriram um patamar até então desconhecido de rigor e precisão.

Atualmente, tendemos a compreender que isso foi uma mudança no próprio discurso jurídico, que passou a ser mais rigoroso e sistemático. Naquele momento, porém, os juristas consideravam que estavam descobrindo os conceitos fundantes, desvendando a estrutura formal do direito e desenvolvendo sistemas de conhecimento que refletiriam a própria sistematicidade do mundo. A veracidade das proposições jurídicas era apresentada como uma decorrência do rigor na definição das categorias teóricas, que deveriam ser válidas de maneira universal, em virtude de seu caráter formal. Por se tratar de conceitos racionais percebidos pela razão, poderíamos pressupor que eles se encontram concatenados em um sistema coerente de princípios. Com isso, seguiríamos a intuição sistêmica de Hegel, para quem tudo que é racional é real, de tal modo que, se um conceito é racionalmente necessário para explicar uma realidade, então ele deve ser reconhecido como uma explicação real do mundo. (COSTA; COSTA, 2011, p. 3-4).

Voltando à reflexão sobre os institutos processuais, um exemplo característico da percepção de uma categoria ideal é a próprio conceito de ação, que seria abstrata, distanciando-se do direito material, especialmente após os estudos de Oscar Von Bülow: para explicar a atuação jurisdicional nos casos paradoxais de não acolhimento dos pedidos

havia que se explicar a existência de uma outra relação jurídica diversa da de direito material, nesse ponto entra em cena a relação jurídica processual.

Interessa notar que essa perspectiva vai ao encontro justamente da abordagem científica do direito, que estava a emergir com o positivismo, que atualmente se encontra em declínio.

A questão fundamental que se coloca para o presente trabalho se resume a considerar que as categorias e institutos processuais desenvolvidos pelos teóricos do direito acabam por amarrar saídas para soluções práticas da vida real. Essa é razão pela qual se tem debates sobre aspectos relacionados aos pressupostos teóricos do direito processual clássico que não deveriam servir de base para demandas coletivas. Contudo, ao se colocar esse aspecto em discussão, que de fato representa uma solução no sentido de se abandonar algumas categorias ideias, em verdade acaba por criar outras também abstratas que não resolvem os problemas do cotidiano de solução de conflitos. O exemplo referido acima é bastante em si: há ou não litispendência entre uma ação coletiva e ação individual? Perceba-se que a idealização de uma saída prática como o enunciado de que “não há litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual” parte de uma idealização diversa da que fundamentara a essência do conceito de litispendência (de lide em curso; lide pendente); rompe-se com o conceito abstrato como um mecanismo de manutenção da abstração. Contudo, a questão central é colocada ao inverso, pois o problema persiste: alguém pode receber duas vezes pelo mesmo direito? Alguém pode ser beneficiado em uma demanda sendo que em outra o seu direito fora negado?

Portanto, não é com a simples definição prévia da categoria jurídica do instituto processual que se poderá resolver os problemas práticos de solução de conflitos, conforme se demonstra mais à frente ao se abordar a classificação legal de direitos em processos coletivos.

Com efeito, o cerne de que se deve revestir a atenção dos teóricos do direito é em que medida os estudos do direito processual podem servir de utilidade para a resolução de conflitos na sociedade; deve-se considerar que a estrutura normativa de um sistema jurídico não é algo em si, mas que deve servir de base para a facilitação do cotidiano, criando mecanismos de estabilização de expectativas na sociedade.

Nesse aspecto, o direito processual civil entra em cena como um instrumento de que se vale o sistema jurídico em sentido amplo como um mecanismo de garantir a

aplicação desse mesmo sistema; não é por outra razão que ganhara relevo as perspectivas de instrumentalidade do processo, da tutela jurisdicional diferenciada ou do propalado “princípio” de primazia de resolução do mérito que teria sido incorporado pelo novo Código de Processo Civil.

Ainda nesse enfoque, os institutos de direito processual não poderiam ser previamente categorizados para o fim de se chegar a uma conclusão, numa linha argumentativa eminentemente cartesiana, mas sim, de se perceber a correta identificação do problema de modo a se permitir uma também adequada solução dos conflitos na sociedade.

Obviamente que há que se considerar igualmente as disposições normativas de acordo com historicidade de suas pressuposições, porquanto não haveria como se admitir um regramento de procedimento casuístico para demandas aleatoriamente, porquanto isso revelaria uma forma velada de arbítrio estatal, que colocaria em xeque o próprio sistema jurídico como um todo. Com efeito, se as disposições normativas processuais têm por escopo a aplicação de normas de conduta na esfera cotidiana de uma sociedade, qualquer hipótese que propiciasse um alargamento demasiado das condições de sua aplicação poderia ser razão suficiente para o aniquilamento de todo o sistema normativo: há que se ter uma integridade histórico-conceitual de modo a se preservar a mesma integridade histórico-conceitual das normas a se aplicar a uma dada situação social.

Portanto, há uma tensão imanente entre o reconhecimento de dada realidade, que não deve pressupor aprioristicamente uma categorização prévia de um instituto processual, e a consideração de que como se interpreta ordinariamente o eventual conflito posto em consideração. Essa tensão possui relevância na medida em que procura fundir em uma mesma abordagem a integridade da norma jurídica e a correta interpretação do problema na realidade, funcionando de forma indireta como condição de possibilidade para estabilização de expectativas na sociedade.

Lançadas essas considerações, importa analisar as categorizações feitas hodiernamente para a solução de conflitos em demandas coletivas, que se passa a fazer no tópico seguinte.

### 3. Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos

Conforme acima exposto, não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar.

Contudo, a título de advertência, deve-se considerar que o direito pode funcionar como elemento influenciador dos fatos, essa foi a razão pela qual se utilizou a expressão acima “de regra”. Essa característica ocorre quando, a depender das condições que se apresentam o problema fático, acaba por exigir do intérprete uma modificação hermenêutica do que até então se considerava na prática; essa hipótese possui o condão de influir em situações fáticas futuras, contudo, posteriormente sempre haverá um fato que será levado em consideração para se aplicar uma norma jurídica, confirmando-se, assim, a regra de que o fato precede à norma.

Considere-se, ainda, um segundo ponto (advertência da advertência): mesmo nas hipóteses de alteração fática pelo direito, primordialmente leva-se em consideração a historicidade, ou seja, não se poderia ignorar arbitrariamente o conteúdo semântico adquirido pelo acúmulo normativo herdado das diversas situações em que se aplicara a norma jurídica em fatos semelhantes. Caso isso fosse permitido, haveria um rompimento epistemológico do problema, porquanto negaria em essência a própria aplicação do Direito, com severas consequências práticas, como a desconsideração do regime democrático e o Estado de Direito.

Voltando à pressuposição lançada neste trabalho (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo para o fim de delimitação da controvérsia.

A título de problematização, considere-se a distinção que a doutrina faz entre interesse público primário e secundário:

Renato Alessi faz a seguinte distinção: o interesse público, visto substancialmente como o bem geral, pode ser referido como: interesse público primário; por sua vez. O modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público, pode ser chamado de interesse público secundário. Ora, nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da

comunidade. Seria, entretanto, mera ficção supor que o contrário sempre ocorresse. A construção de uma hidrelétrica, de uma usina atômica ou de um aeroporto em lugar menos propício; um conjunto de medidas de natureza econômica; a declaração de guerra entre países - nem sempre tais decisões significarão, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem reconsideram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados: o próprio povo freqüentemente rejeita nas urnas as linhas de recente atuação governamental (MAZZILLI, 2011, p. 1211)

Essa citação é tranquilamente aceita no sentido de separar o interesse patrimonial do Estado com o interesse da coletividade, contudo, a análise deve ser melhor empreitada. Com efeito, tome-se o exemplo da construção de uma usina hidrelétrica, adotando-se como referência a citação acima. Não é pelo fato que haja grupos que são contra a construção de uma usina hidrelétrica pelo Estado que se pode dizer que existe uma diferenciação entre interesses públicos; o que se pode dizer é que há conflito de interesses, somente e sem qualificação de ser público ou individual. Contudo, a partir do momento em que esses interesses entram em esfera de colisão por intermédio de correntes interpretativas é que se passa a ter a tensão entre elas, mas o próprio Direito adotará ou criará uma interpretação para solução do conflito. E essa solução será feita pelo Estado, por intermédio de sua função jurisdicional.

Perceba-se que a discussão judicial a ser travada judicialmente pode ser feita em face do Estado: *a)* por um grupo de pessoas, *b)* por um indivíduo apenas ou *c)* por um órgão do próprio Estado, como o Ministério Público. Seria tranquilamente admissível que, caso a ação judicial contra a construção da usina hidrelétrica tivesse sido proposta pelo grupo de pessoas, como uma associação que visa a proteção ambiental, ou pelo Ministério Público, a demanda em questão seria tratada como se de interesse público fosse, portanto coletiva. Contudo, na hipótese de um só indivíduo a postular em juízo a paralização da obra, cria-se um complicador para o tratamento coletivo do caso. A dúvida poderia ser suplantada caso o instrumento de questionamento judicial fosse uma ação popular, considerando sua inclusão no microsistema de processo coletivo. Ocorre que referida situação não responderia ao problema principal, porquanto se resolve o tratamento coletivo pela forma – mecanismo utilizado pela parte para o processo judicial – e não pelo seu conteúdo.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita – no exemplo, a ação popular – acaba-se

por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Perceba-se que aqui se problematizou pela perspectiva da propositura da demanda pelo indivíduo (item *b*) acima), mas a situação pode ser a mesma nos outros casos (itens *a*) e *c*) referidos acima), mas sob o enfoque inverso: uma ação civil pública proposta por uma associação ou pelo Ministério Público possuiria sempre o designativo de processo coletivo?

A jurisprudência responde negativamente a essa questão, quando se tornar evidente que o caso em questão atinge esferas de interesses eminentemente individuais:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DEFESA DE INTERESSES PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAIS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 3. **O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual.** 4. **A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira, é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC.** 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie. 6. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011a) (grifou-se)

Embora o cerne do julgado acima se refira à ilegitimidade do Ministério Público, a conclusão é pela impossibilidade de discussão judicial pela via da ação civil pública por não haver afetação à sociedade de forma geral. Interessa relevar, nesse aspecto, que o julgado também exige a característica da “impessoalidade” para a configuração do tratamento coletivo ao caso. “Impessoal” seria aquilo que não se refere exatamente a alguém em concreto, que não é “pessoalizado”, mais próximo de uma indeterminação ou

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

pela perspectiva mais abstrata que concreta. Isso não significa que a discussão judicial seja apenas teórica, mas que haja uma probabilidade real de se atingir um número de pessoas considerável ou indeterminável.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial. Veja-se, a título de problematização, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal extinguiu, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, Ação Civil Pública em que o Ministério Público buscava o fornecimento de tratamento médico para pessoa determinada. 2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal que trata das atribuições do Ministério Público o autorizam a agir em **defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais se insere o direito constitucional à vida e à saúde. Precedentes do STJ.** 3. **Na tutela do direito à vida e à saúde, o Parquet possui legitimidade ativa ad causam para propor Ação Civil Pública, ainda que a demanda beneficie, in concreto, pessoa determinada.** 4. **Não se cuida de legitimidade em razão de incapacidade ou hipossuficiência do sujeito diretamente interessado, mas de indisponibilidade do direito à saúde de modo geral e do interesse social em que seja garantida assistência a todos os que dela necessitem, o que se mostra plenamente compatível com a finalidade institucional do Ministério Público.** 5. Recurso Especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b) (grifou-se)

Portanto, podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direito à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Assim, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de “coletivo” sempre que de alguma forma afetar a sociedade. No exemplo da usina hidrelétrica, a política pública de geração de energia para atender ao interesse da população entraria em conflito, por exemplo, com o interesse de outro grupo populacional ribeirinho. Dada relevância da discussão, o interesse para a sociedade passa a ser de todos,

porquanto haverá a necessidade do Estado de decidir entre a concretização de uma política pública ou de garantir os direitos de um grupo. Assim, por duas razões principais há o interesse público presente (portanto, deve ser coletivo): 1º) a política pública seria de geração de energia para toda a população, e caso se decida pela sua não realização, afetará o interesse de todos os membros da sociedade; e 2º) o direito da população ribeirinha em garantir o seu sustento pelo rio onde vai ser construída a usina, que pode ser afetado consideravelmente por ocasião da realização do empreendimento, quiçá até aniquilado esse direito. Perceba-se que a relevância poderia ser ainda mais problematizada se no exemplo fossem aglutinadas variáveis ambientais, conforme acima já se assinalou, mas por aquelas duas razões já se poderia perceber se tratar de um processo que lida com o interesse público.

Portanto, embora se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, embora haja delimitação também a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática revela muita confusão, levando o judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos.

Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum.

Explica a doutrina:

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo),

ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (NERY JUNIOR, 1997, p. 114-115).

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz.

Em sentido semelhante a essa observação crítica já se pontuou:

A razão prática acima referida pode ser diagnosticada com um exemplo. O caso recente que discutia a legalidade do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM aplicado em 2011 revela o que se está aqui a problematizar. Decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco em desfavor União, todas questionando o ENEM, possuíam pontos de contradição que não poderiam ser no plano fático cumpridas, mas que, a prevalecer a redação do Projeto, possuiriam eficácia nacional. Não se está aqui a defender a inaplicabilidade do dispositivo do Projeto (muito pelo contrário, como se verá mais adiante), mas sim procurar demonstrar que mesmo em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* pode haver confusão na prática com os direitos individuais no tocante ao cumprimento da decisão, considerando o critério do alcance subjetivo da coisa julgada *secundum eventum litis*, sem falar do problema prático de se procurar separar no plano concreto os direitos difusos dos coletivos *stricto sensu* ou dos individuais homogêneos (e neste caso, o exemplo do acidente do Bateau Mouche IV não serve mais) (SANTOS, 2012, p. 204-205).

Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos.

Com efeito, nesse sentido, parcela da doutrina procura evidenciar a existência de “ações pseudocoletivas” e “ações pseudoindividuais”, com o intuito de manter os pressupostos de análises já categorizados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva. As “ações pseudocoletivas” seriam aquelas onde “inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”, ao passo que “ações pseudoindividuais” seriam aquelas

[p]romovidas por diversos indivíduos que detenham pretensão de repercussão coletiva do objeto da demanda, ante a sua indivisibilidade. Seria quando diversos indivíduos ajuizassem a mesma finalidade de pretensão de uma ação coletiva, uma vez que beneficiaria todas as pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica (SANTANA, 2012, p. 30).

Relativamente à primeira situação, pode-se apontar como exemplo:

[A] ação proposta por um sindicato para beneficiar certo número de trabalhadores para que sejam ressarcidos por prejuízos trazidos pela poluição sonora da fábrica onde trabalham, *verificando-se a situação pessoal de cada um*, como por exemplo, danos a audição verificados apenas em alguns funcionários expostos a mesma quantidade de decibéis. A ação, sob essa análise, apenas seria considerada coletiva se considerasse a responsabilidade da empresa como um todo pelo fato de estar produzindo poluição sonora (SANTANA, 2012, p. 28).

186

Portanto, somente com o caso concreto é que se pode fazer a distinção entre interesses individuais e coletivos, de modo a precisar a existência do interesse público em questão, e, portanto, um processo coletivo. Em sentido semelhante, também pontifica parcela da doutrina:

Caberá ao magistrado observar se a tutela terá repercussão coletiva ou não, para dar uma resposta à luz do que foi afirmado, com clareza e justiça, não importando se a demanda tem com pano de fundo interesse meramente individuais, pois estes sempre serão considerados obrigatoriamente.

[...]

Mais uma vez caberá ao magistrado corrigir tais erros, propositais ou não, dos operadores do direito, de modo a viabilizar o acesso a justiça. Para isso, seria interessante, e fica a proposta lançada, do aperfeiçoamento da fungibilidade das tutelas coletivas, de modo a que o direito, classificado tecnicamente como coletivo ou individual, seja realizado sob a mais lúdima justiça (SANTANA, 2012, p. 29-31).

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade.

Em face das afirmações acima, importaria averiguar como as decisões judiciais têm enfrentado o tratamento coletivo, conforme se passa a fazer abaixo, adotando-se como metodologia-teste a problematização com um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

## 4. Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos

Para uma problematização dos pontos lançados nos tópicos anteriores, nesta abordagem final se analisará um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de modo a se identificar se em casos de processos coletivos está a ocorrer uma adequada correspondência prática para o fim de realização de direitos.

A razão pela qual se optara pela análise do julgamento abaixo se dá essencialmente por três razões: 1) trata-se de tema onde diversos atores participaram do julgamento, desde entidades representativas de defesa do consumidor, como bancos e pessoas jurídicas de direito público (União e INSS); 2) o caso fora apreciado sob a sistemática de Recurso Especial Repetitivo, na forma do art. 543-C, CPC/73, hoje art. 1036 do CPC/2015; e 3) trabalha com um tema de fácil entendimento que são a incidência de juros em dívidas de valor.

O ponto central da controvérsia se refere à incidência de juros de mora em ações civis públicas para a tutela de direitos individuais homogêneos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A ACÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na

efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior." 4.- Recurso Especial improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014)

Diante desse julgado, três desdobramentos teóricos podem ser mencionados:

1) os juros de mora incidiriam nas ações civis públicas incidiriam a partir da citação na fase de conhecimento, adotando-se a regra geral;

2) a tutela coletiva visa a facilitação da defesa dos direitos, não podendo ser interpretada de modo prejudicial ao direito material;

3) caso se adotasse o entendimento que os juros incidiriam somente a partir de outro momento, como a fase de execução, haveria um incentivo à litigiosidade individual.

Para uma interpretação do caso acima, na linha do que se propõe o presente trabalho, é necessário se considerar que os “juros moratórios” advêm de uma relação jurídica de direito material, conforme se pode perceber através do art. 406 do Código Civil. Nesse aspecto, o que interessa para o efeito de incidência dos juros seria a ocorrência de mora, que, por sua vez, seria um efeito de um fato jurídico:

A mora ou é efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição(...), ou é efeito da interpelação, ato jurídico *stricto sensu*.

[...]

A discussão em torno da natureza da mora, para se lhe saber o lugar na classificação dos fatos jurídicos, parte de erro essencial: mora é efeito, não é fato (MIRANDA, 1971, p. 122).

Contudo, é corrente se classificar a mora como uma espécie de inadimplemento, considerando-se a sua ocorrência por ocasião de uma hipótese de possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual ou legal:

O gênero do inadimplemento das obrigações é dividido em três espécies: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato.

Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendí*) como pelo credor

(*mora accipiendi*). Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.

Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (art. 394, CC), a mora não se caracteriza apenas pelo pagamento extemporâneo pelo devedor ou pela recusa injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha uma falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que em nosso ordenamento a mora não apenas sinônimo de “demora” no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.

Adverte Judith Martins-Costa que “se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394)”.

[..]

Em suma, o pressuposto básico da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 497-499)

Portanto, em face da possibilidade de cumprimento adequado de uma obrigação, surgiria a mora, sendo que os juros “moratórios” funcionariam como uma sanção pelo inadimplemento:

Já os juros moratórios traduzem uma indenização para o inadimplemento do cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada. Apartam-se dos juros compensatórios, pois se assentam na ideia de culpa do devedor. Por isso, localizam-se no

Código Civil, ao lado das demais consequências do inadimplemento das obrigações, como as perdas e os danos, cláusula penal e arras. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542).

Portanto, os juros de mora surgiriam por ocasião da ocorrência do não cumprimento voluntário de uma obrigação, quando a prestação possua condições suficientes de realização.

Essa é a razão principal de se considerar que “ se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão” (art. 85, §16, CPC/2015), tendo em vista que somente nesse momento processual é que se torna exigível o cumprimento da obrigação que decorre de um resultado do processo, qual seja, a sucumbência. Da mesma forma, considerando que a regra é que o

pedido deva ser certo (art. 322, CPC/2015), é que o valor da causa em cobrança de dívidas vencidas deva incluir os juros de mora (art. 292, I, CPC/2015).

Contudo, nas hipóteses onde não se possa precisar com exatidão o acertamento da obrigação, e, portanto, quando a prestação poderia ser realizada efetivamente, é que se reconhecem hipóteses que os juros moratórios somente se perfazeriam por ocasião de um procedimento ulterior que de fato conseguisse no plano concreto identificar a extensão e elementos da obrigação. Essa é razão pela qual o sistema jurídico fala de “liquidação de sentença” em decisões judiciais com pedidos genéricos, conforme se verifica no CPC/2015:

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:  
I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;  
II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.  
§ 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.  
§ 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Perceba-se que o dispositivo legal acima citado complementa o que dispõe textualmente o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Nesse sentido, também é o posicionamento da doutrina:

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento). Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC). (ZAVASCKI, 2006, p. 165).

Portanto, fazendo-se uma leitura rápida, poder-se-ia chegar à conclusão que a decisão acima mencionada (REsp 1361800/SP), que servira de base para a presente problematização, ignorara as premissas legais aqui referidas.

O problema ainda poderia ser mais complexo se se considerarem outros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, como o seguinte:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA.

TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum *debeat*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina "liquidação imprópria".

3. Com efeito, não merece acolhida a irrisignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

É bem verdade que esse último entendimento fora realizado antes do julgamento do REsp 1361800/SP (que é de 2014), o que poderia levar à conclusão de ausência de pendência de definição pelo STJ. Esse argumento é relativamente verdadeiro, porquanto o entendimento de necessidade de liquidação prévia para posterior eventual incidência de juros moratórios fora o argumento de antítese levado à apreciação pela Corte Especial. Ocorre que, para o fim de que se propõe o presente trabalho, há possibilidade de convivência de ambos entendimentos, porquanto o que se está a ver, em verdade, é uma confusão sobre a correta identificação dos direitos defendidos em processos coletivos, porquanto, a depender da situação que se está a analisar, pode-se chegar a uma ou outra conclusão a respeito dos juros de mora.

Com efeito, conforme acima já se pontuou, não seria a definição prévia de ser um processo coletivo ou individual o balizamento adequado para o fim da correta delimitação

do direito discutido em juízo, mas sim efetivamente o seu desdobramento prático; não seria a simples categorização apriorística que definiria o resultado do processo, porquanto se correria o risco de se tratar uma demanda individual como coletiva (“pseudocoletiva”) ou, o contrário, uma coletiva como individual (“pseudoindividual”), com resultados desastrosos a quem seria beneficiado pela decisão e também toda a sociedade destinatária da norma jurídica, porquanto se entraria num grau de instabilidade de aplicação normativa com repercussões gerais ao próprio sistema normativo.

O caso utilizado como análise utilizara a incidência dos juros de mora, obviamente em situações que importariam alguma espécie de dívida de valor, ou seja, a obrigação objeto de litígio traria como prestação a ser cumprida um pagamento representativo de valor.

Nesse caso, haveria a incidência de juros moratórios desde à fase de conhecimento se desde a origem se pudesse identificar os beneficiários de uma eventual decisão de procedência dos pedidos. Aqui não se falaria em potencialidade de identificação, mas sim em certeza, pois, conforme se disse antes, se a prestação por alguma razão não possa ser cumprida não haveria que se falar em mora; assim, para efeito da incidência de juros, somente torna-se admissível sua incidência com a correta e precisa identificação dos credores, e não a sua potencialidade. Se o caso concreto não possa de antemão identificar com precisão os beneficiários do resultado positivo do processo, aqui se estaria a necessitar do acertamento da obrigação, o que somente se torna possível, com um procedimento ulterior (denominado de “liquidação de sentença”, que na verdade seria uma liquidação da obrigação).

Perceba-se que essas conclusões vão ao encontro das mesmas razões que norteiam a concepções legais e doutrinárias dos processos coletivos: por vezes haverá uma outra situação em um mesmo processo, independentemente da hipótese do direito coletivo, mas se pode afirmar que em regra a diferenciação prática recairá essencialmente em direitos individuais homogêneos, considerando as premissas de identificação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, nos interesses ou direitos difusos (CDC, art. 103, I) a coisa julgada material ocorre tanto plano coletivo quanto no individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*). Assim, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, a delimitação do direito se tornaria

evidente *prima facie*, e, portanto, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento. Na hipótese de os pedidos forem julgados improcedentes com análise probatória, somente se forma a coisa julgada no plano coletivo e, ainda assim, limitada às provas efetivamente utilizadas nos autos (*secundum eventum probationis*), contudo, se a hipótese de improcedência for por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material tanto no plano individual quanto no coletivo, admitindo-se uma nova propositura de demanda coletiva com base em novas provas. Nesse aspecto é que entra em cena a concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo, considerando a concepção mais ampla de definição de direitos difusos, que em regra não permitem identificar os eventuais beneficiários.

No caso de interesse ou direito coletivo (CDC, art. 103, II), a coisa julgada material ocorre também no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*ultra partes*), e da mesma forma, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento, caso contrário somente após a respectiva delimitação. A concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo também deve ser considerada aqui, o que induziria à conclusão que se os pedidos fossem julgados improcedentes com análise probatória, opera-se a coisa julgada material somente no plano coletivo, ao passo que se fossem julgados improcedentes por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material no plano coletivo e individual.

Por fim, nos interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III) ocorre a coisa julgada material no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*) e, em regra, os beneficiários do resultado positivo do processo são identificados *prima facie*, contudo, caso não haja a possibilidade de exigência de adimplemento da obrigação por falta de elementos identificadores, somente após a fase de liquidação da obrigação é que se poderia falar de mora. Veja-se que se os pedidos forem julgados improcedentes (seja pela insuficiência de provas ou não), forma-se a coisa julgada material no plano coletivo (impedindo a nova propositura da demanda coletiva, ainda que se aluda à existência de novas provas) e no plano individual.

Reconhece-se que há grande discussão na doutrina sobre esse último aspecto, no sentido de se defender que somente haveria a coisa julgada material de improcedência

dos pedidos para os interessados que tivessem intervindo no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme a previsão do art. 103, §2º do CDC.

Contudo, entende-se que de fato poderá haver coisa julgada material mesmo em desfavor do indivíduo caso este possa ser identificado *ab initio*. Essa afirmação encontra esteio justamente na interpretação *a contrario sensu* do regramento que afirma que a condenação deveria ser genérica (art. 95, CDC). Ora, somente é possível se falar de condenação genérica se não for possível se identificar todos os elementos da relação obrigacional, podendo-se configurar paradoxal uma obrigatoriedade de exceção à regra de delimitação precisa dos pedidos: a generalidade da condenação em processos coletivos somente se torna imperativo quando não houver elementos que possam identificar *a priori* os beneficiários, devendo-se interpretar o texto do art. 95 como uma regra de utilidade à resolução ótima de conflitos.

Com efeito, o magistrado fazendo uma análise de custo/benefício na empreitada de identificação de todos os eventuais beneficiários por uma eventual sentença judicial é que perceberá a adoção de uma condenação que faça o acertamento da obrigação. Contudo, a correta delimitação dos elementos da obrigação, a depender de como se realizaria a produção probatória, o tempo do processo ou os instrumentos de pesquisa postos à disposição do aparato judicial, desencadeará como decorrência num resultado líquido ou genérico. A regra legal parte do pressuposto da impossibilidade de se precisar sempre esses aspectos e, por uma questão de utilidade, adota a generalidade como prática; entretanto, não é porque a regra legal parta desse pressuposto que não se possa admitir hipóteses de delimitação de todos os contornos da obrigação, entre os quais a precisa identificação dos beneficiários do resultado do processo.

Deve-se levar em consideração, porém, que caso isso ocorra (identificação), os desdobramentos práticos repercutiram desde que essa situação se verifique: no caso da mora, caso haja a correta identificação e precisão das pessoas com todas as suas características não haveria razão para que não houvesse a incidência de juros moratórios. Nesse sentido é que deve ser entendido o REsp 1361800/SP. Por outro lado, caso não se possa precisar todos os contornos da obrigação decorrente do resultado do processo, opera-se o regramento do art. 95 do CDC, o que, por via de consequência, a mora somente se tornaria presente após o procedimento de liquidação.

Dessa forma, sempre que houver a possibilidade de identificação precisa dos destinatários do resultado do processo o resultado poderá variar a depender de se considerar hipótese de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, considerando-se o exemplo hipotético lançado na introdução deste trabalho, somente a situação fática poderá apontar pela existência ou não de “litispendência” entre uma ação proposta por uma entidade associativa e uma demanda individual.

Com efeito, se for possível identificar *a priori* os beneficiários de eventual procedência dos pedidos de uma demanda coletiva, a decorrência lógica é que no plano material haverá resultados práticos em um eventual litígio instaurado por esses mesmos beneficiários. Na verdade, aqui se poderia se revisitar a definição de litispendência na abordagem clássica de identificação formal da tríplice identidade dos elementos da demanda (partes, pedido ou objeto e causa de pedir), de modo a considerar essencialmente quem seriam de fato as pessoas atingidas pela eventual decisão judicial. Perceba-se que, por essa ótica, o resultado variará conforme o tipo de direito que se está em jogo: difuso, coletivo e individual homogêneo, conforme as conclusões lançadas acima a respeito da extensão da coisa julgada em casos de procedência ou improcedência dos pedidos. Assim, em verdade, a depender da configuração real dos direitos postos em discussão, haverá repercussão na esfera material da relação jurídica dos atingidos pela decisão judicial, o que, por conseguinte, ensejará de igual forma desdobramentos impactantes para a incidência de outras normas jurídicas, como o reconhecimento de extinção da obrigação, possibilidade ou não de sobreposição de direitos, reconhecimento de obrigações adversas - como o dever de indenizar por vedação de locupletamento ilícito -, etc, tudo a variar conforme: (a) mérito da demanda em direitos difusos ou coletivos com procedência dos pedidos com instrução probatória suficiente; (b) mérito da demanda em direitos individuais homogêneos com procedência ou improcedência dos pedidos com suficiência ou não de provas.

Perceba-se que a argumentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de incentivo à litigiosidade por demandas individuais aqui também é considerada, só que numa dimensão *lata*, porquanto não seria pelo fato de correta interpretação dos direitos em discussão em juízo que haverá um incentivo à litigiosidade, mas sim que a partir da pressuposição de que os processos judiciais servem como instrumento de aplicação

normativa no contexto social como forma adequada de solução de conflitos, sejam individuais ou coletivos.

## Referências

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802044963**, Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, DJE. 27.04.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802765580**, Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE. 01.08.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 1348512/DF**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1361800/SP**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. O conceito de ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura? **Revista Brasileira de Direito Processual**. RBDPro. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out./dez. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 2. 9 ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental. Vol. 4. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: a legitimação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34, abr. 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo**. Tutela Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

Jurisprudencial Coletiva. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei nº 5.239/2009. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**A INFLUÊNCIA DOS SIGNIFICADOS ANDROCÊNTRICOS NOS  
PROCESSOS JUDICIAIS TRABALHISTAS**

*Any Ávila Assunção*

Doutorado e Mestrado em sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), professora do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; advogada.

198

O presente artigo, ao tempo em que analisa os Tribunais Judiciais nas sociedades contemporâneas, à luz do jurista e sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, associa esta reflexão à defesa de uma perspectiva sociojurídica, realçando a análise do funcionamento do aparelho judiciário brasileiro no tema de conflito de gênero, juntamente com os significados do androcêntricos na ciência jurídica/sistema de justiça.

Inicialmente, baseando-se na obra de Boaventura de Sousa Santos (1996; 2006-b; 2007-a; 2007-b; 2007-c; 2007-d; 2009), são destacadas as coordenadas analíticas dos tribunais judiciais nas sociedades contemporâneas e o significado sociopolítico da função judicial.

Nas seções subsequentes, é realizada uma imersão teórica no sistema judicial sob a perspectiva da cidadania e do conflito de gênero, para, adentrar no tema dos significados androcêntricos, e, perspectivar a categoria de gênero como proposta metodológica de compreensão das relações sociais.

**1. Os Tribunais Judiciais nas Sociedades Contemporâneas**

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia jurídica e da ciência política contemporânea, segundo Santos (1996; 2007-c; 2009), é o recente e crescente protagonismo do campo jurídico, onde se destacam os tribunais.

Assinala o autor que ao longo do século XX os tribunais sempre foram, de tempo a tempos, polêmicos e objeto de aceso escrutínio público, bastando, para tanto, lembrar: a) os tribunais da República de Weimar, logo depois da revolução alemã (1918) e seus critérios duplos na punição da violência política da extrema-direita e da extrema-

esquerda;<sup>49</sup> b) o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (EUA) e o modo como tentou anular a legislação do *New Deal* de Roosevelt no início dos anos trinta; c) os tribunais italianos no final da década de 1960 e da década de 1970, que através do ‘uso alternativo do direito’ procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; e, d) o Supremo Tribunal do Chile e o modo como tentou impedir os processos de nacionalizações levado a cabo por Allende no princípio da década de 1970.

Contudo, esses momentos de notoriedade distinguem-se do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos: em quase todas as situações pretéritas, os tribunais destacaram-se pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. A outra questão cinge-se ao fato de que, tais intervenções notórias, foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada (SANTOS, 1996, 2009).

Adverte, também, o autor, que, em datas mais recentes, o protagonismo dos tribunais – sem favorecer, necessariamente, agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como se apresentam no campo político – parece assentar em um

---

<sup>49</sup> Arendt (1999) percebeu a iminência da cultura antisemita ser adotada como política estatal na Alemanha nazista, o que lhe permitiu zarpar para o exílio em virtude da sua condição de judia, em grande medida, pela postura dos tribunais da República de Weimar de tolerância para com a violência praticada pelas brigadas de voluntários, denominados *Freikorps*, cujos membros mantinham os arquétipos aristocráticos e hierárquicos herdados de uma sociedade pautada por critérios de ancestralidade extremamente hierarquizada, em razão da “continuidade estrutural”, cuja violência individual, até o final do século XIX e início do século XX, era resolvida por meio de duelos, como uma questão de honra. Isso se deve ao fato de que a Alemanha não experimentou passar por uma revolução burguesa, como ocorreu na Inglaterra e na França, tendo como característica a integração da burguesia em um processo ainda de feudalização. A República de Weimar, portanto, significou para a Alemanha uma “modernização conservadora”. O fim da Primeira Guerra Mundial trouxe como consequência, pelo Tratado de Versalhes, a limitação do exército alemão ao contingente de 100 mil homens, o que fez com que proliferassem as brigadas *Freikorps*, que abusavam da violência seguida de morte, sem qualquer controle por parte do Estado. Tais brigadas eram toleradas principalmente pelas características conservadoras, tornando-se úteis na eliminação de pensadores marxistas na Alemanha, como Rosa de Luxemburg, também judia, entre outras lideranças da Revolta Spartakista.

entendimento mais amplo e profundo no controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um ‘garantismo’ mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário, é suficientemente recorrente – para não parecer excepcional – para (pelo contrário) parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário. Esse intervencionismo, ao contrário dos anteriores, ocorre, na sua grande maioria, mais no domínio criminal, em relação às áreas civil e trabalhista, assumindo, como seu traço mais distintivo, a criminalização da responsabilidade política. Tão pouco se dirige, como as formas anteriores de intervencionismo, aos usos do poder político e às agendas políticas em que este se traduz. Dirigi-se, agora, aos abusos de poder e aos agentes políticos que os protagonizaram (SANTOS, 2007-b; 2009).

Nessa linha de argumentação, pode-se citar, em nível nacional, a tendência ao protagonismo dos tribunais brasileiros, em sua vertente progressista, ressaltando-se dois julgamentos: o recebimento da denúncia, por parte do Supremo Tribunal Federal, contra elevadas autoridades do Poder Executivo, envolvidas no chamado ‘escândalo do mensalão’; e, a preservação/ garantia da reserva indígena “Raposa do Sol”, no Estado-membro de Roraima, também julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra ilação de Santos – que também pode ser ilustrada com os dois julgamentos acima apontados – é que o novo protagonismo partilha com o anterior, uma característica fundamental: traduz-se em um confronto com a classe política e com outros órgãos do poder soberano, nomeadamente, com o poder executivo, designado de ‘judicialização dos conflitos’<sup>50</sup>. Essa judicialização ocorre, atualmente, por razões diferentes, que podem ser agrupadas em três questões:

---

<sup>50</sup> Para Santos (1996), a política judiciária – sendo uma característica matricial do Estado moderno – somente se afirma como política do judiciário quando se confronta, em seu terreno, com outras fontes de poder político. Por isso que a judicialização dos conflitos políticos na possa deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciários.

- a questão da ‘legitimidade’, que somente se coloca em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida eleitoralmente;<sup>51</sup>
- a questão da ‘capacidade’, que diz respeito aos recursos que os tribunais dispõem para levarem a cabo, eficazmente, a política judiciária. Considere-se o fato de que, em um quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturas relativamente inelásticos, qualquer acréscimo ‘exagerado’ da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueio da oferta e, em última instância, redundar na denegação da justiça;<sup>52</sup>
- a questão da ‘independência’ dos tribunais, que está intimamente ligada à questão da legitimidade e à capacidade (a independência dos tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno).

Essas três questões – legitimidade, capacidade e independência – assumem maior acuidade nos momentos em que os tribunais adquirem maior protagonismo político e social, possuindo um importante significado, seja pelo que revela, seja pelo que oculta. Primeiramente, este protagonismo é produto de uma “conjunção de fatores que evoluem historicamente, tornando-se necessário periodizar a função e o poder judiciais nos últimos cento e cinquenta anos, para que se possa melhor contextualizar a situação presente” (SANTOS, 1996: 20). Em segundo lugar, as intervenções judiciais que são responsáveis pela notoriedade judicial em um dado momento histórico “constituem uma fração ínfima do desempenho judiciário, pelo que um enfoque exclusivo nas grandes questões pode ocultar ou deixar subanalisado o desempenho que na prática cotidiana dos tribunais ocupa a esmagadora maioria dos recursos e do trabalho judicial” (SANTOS, 1996, p. 21). E, por fim, o desempenho dos tribunais, seja o notório, seja o de rotina, em um determinado país, ou momento histórico concreto, não depende somente de fatores relacionados às questões

<sup>51</sup> Em razão do fato de que, na maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere no Poder Legislativo ou no Poder Executivo (SANTOS, 1996).

<sup>52</sup> Santos (1996) pondera, ainda, que os tribunais não dispõem de meios próprios para fazerem executar as decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública. Nesses domínios, que são aqueles em que a “politização dos litígios judiciais” ocorre com mais frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob a sua jurisdição. E sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judicial.

de legitimidade, da capacidade e da independência, como podem fazer crer. Depende, de modo decisivo, segundo o entendimento do autor, de outros fatores políticos:

[...] do nível do desenvolvimento do país, e, portanto, da posição que este ocupa no sistema mundial e na economia-mundo; da cultura jurídica dominante em termos dos grandes sistemas ou famílias de direito em que os comparatistas costumam dividir o mundo; e do processo histórico por via do qual essa cultura jurídica se instalou e se desenvolveu – desenvolvimento orgânico; adoção volutarista de modelos externos; colonização, etc (SANTOS, 1996, p. 21).

Nesse sentido, vale, ainda, destacar que:

Uma análise sociológica do sistema judiciário não pode, assim, deixar de abordar as questões de periodização, do desempenho judicial de rotina ou de massa, e dos factores sociais, econômicos, políticos e culturais que condicionam historicamente o âmbito e a natureza da judicialização da conflitualidade interindividual e social num país ou momento histórico (SANTOS, 1996, p. 22).

## *1.1 Os Tribunais e o Estado Moderno*

Os tribunais compõem um dos pilares fundadores do Estado constitucional moderno, e, um órgão de soberania, juntamente com o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Entretanto, o significado sociopolítico desta postura constitucional tem evoluído no último século. Essa evolução possui alguns pontos comuns nos diferentes países, não somente em razão do fato dos Estados nacionais partilharem o mesmo sistema interestatal, mas, também, porque as transformações políticas são, em parte, condicionadas pelo desenvolvimento econômico, que ocorre, em nível mundial, no âmbito da ‘economia-mundo capitalista’ implantada a partir do século XV. Mas, por outro lado, estas mesmas razões, sugerem que a evolução varia significativamente de Estado para Estado, consoante a posição destes no sistema interestatal e da sociedade nacional no que diz respeito ao sistema da economia mundial (SANTOS, 1996).

O autor desenvolve uma periodização da postura sociopolítica dos tribunais levando em conta a evolução nos países centrais mais desenvolvidos do sistema mundial. Nos países “periféricos” e “semiperiféricos” – no dizer de Santos (2007-d) – como Portugal e o Brasil, a evolução do sistema judicial pauta-se por parâmetros relativamente diferentes, tal como as variações em função da cultura jurídica dominante (tradição jurídica europeia continental; tradição jurídica anglo-saxônica, etc.).

O autor distingue, assim, os três grandes períodos relativos ao significado sociopolítico da função judicial nas sociedades modernas: o período do Estado liberal; o período do “Estado-Providência”; e o período atual, que designa por “período da crise do Estado-Providência”.

As repercussões diretamente incididas sobre o sistema jurídico podem assim ser resumidas:

- a “sobrejuridificação” das práticas sociais, que vinha do período anterior, aprofundou a perda da coerência e da unidade do sistema jurídico;<sup>53</sup> e, a explosão da litigiosidade (agravando a tendência para a avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa);
- a litigação no domínio civil sofre alteração significativa, onde a emergência de uma legalidade negociada – sobretudo na área econômica – assente em normas programáticas, “contratos-programas”, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, originou o surgimento de litígios altamente complexos mobilizando conhecimentos técnicos sofisticados, tanto no domínio do Direito, como da Economia e da Ciência e Tecnologia. Para Santos (1996) o despreparo dos magistrados, combinada com a sua tendência para se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse, nestes litígios, altamente deficiente, o que contribuiu, de alguma maneira, para a erosão da legitimidade dos tribunais enquanto mecanismo de resolução de conflitos;
- paralelamente à crise do Estado-Providência agravam-se, nesse período, as desigualdades sociais, que em articulação com a relativa rigidez dos direitos sociais e econômicos – “rigidez” que, segundo Santos (1996; 2007-d), resulta do fato de serem direitos e não exercícios de benevolência, e, por isso, existirem e serem exercidos independentemente das vicissitudes do ciclo econômico – deveriam, em princípio, suscitar um aumento dramático da litigação. Mas, tal fenômeno não sucedeu e em algumas áreas – como o Direito do Trabalho<sup>54</sup> – a litigação diminuiu. Assinala-se, contudo, que, neste período, surgem novas áreas de litigação

<sup>53</sup> Causadas, em especial, pela chamada desregulamentação da economia, pelo fato do dismantelamento da regulação nacional da economia coexistir e, de fato, ser integrante de novos processos de regulação, ocorrendo em nível internacional e transnacional.

<sup>54</sup> Santos (1996) ressalta que, nesse período, houve uma diminuição dos movimentos sociais, que, no período anterior, tinham sustentado politicamente a judicialização dos direitos sociais da segunda geração.

ligadas aos direitos da terceira geração, em especial a área da proteção do ambiente e da proteção dos consumidores;

- politicamente, este período caracteriza-se, além da crise do Estado-Providência, pela crise da representação política, do sistema partidário e da participação política. Essa última possui muitas dimensões, mas uma delas confronta-se diretamente com os tribunais em sua função de controle social: trata-se do aumento da corrupção política – um dos sintomas, segundo Santos (1996), de crise da democracia enquanto sistema de representação política –, cujo combate, coloca novamente o sistema judicial perante uma situação quase dilemática.

De um modo ou de outro, pondera o autor, os tribunais são chamados ao centro do debate político e passam a ser um componente fundamental da crise, seja para eximirem-se da responsabilidade de combater o abuso de poder, seja pelo que contribuem para a solução dela, assumindo tal responsabilidade.

## *1.2 As funções dos Tribunais*

No subitem precedente, foi analisada a evolução histórica do significado sociopolítico dos tribunais, pressupondo para tanto, um entendimento amplo e cambiável das funções dos tribunais na sociedade. Santos (1996; 2009) ao discorrer sobre tal análise e concentrar sua reflexão no desempenho dos tribunais enquanto ponto de encontro entre a “procura efetiva” e a “oferta efetiva” da tutela judicial, pondera que suas funções passaram a ser entendidas de modo mais restrito – ou seja, os tribunais enquanto mecanismos de resolução de litígios. Esta é, portanto, a sua função crucial, a principal, e, sobre a qual, há mais consenso na sociologia judiciária – mas, que não é, certamente, a única.

Santos (1996) constrói um esboço referente às outras funções dos tribunais a fim de elaborar um quadro conceitual e teórico adequado às atuações judiciais. Infere, ainda, que os tribunais desempenham nas sociedades contemporâneas diferentes tipos de funções. Destaca, dentre elas, três funções principais, quais sejam, as “instrumentais”, as “políticas” e as “simbólicas”. As primeiras são aquelas especificamente atribuídas a um dado campo de atuação social e que se dizem cumpridas quando este (campo) opera eficazmente dentro dos seus limites funcionais. As funções políticas são aquelas em que os campos setoriais de atuação social contribuem para a manutenção do sistema político. E as funções simbólicas constituem o conjunto das orientações sociais em que os

diferentes campos de atuação social contribuem para a manutenção ou destruição do sistema social no seu conjunto.

Na dimensão instrumental dos tribunais, Santos (1996) elenca as seguintes funções: resolução dos litígios,<sup>55</sup> controle social, administração e criação do direito. O controle social, de acordo com o autor, é o conjunto de medidas, sejam de influências interiorizadas, sejam de coerções, “adoptadas em uma dada sociedade para que as acções individuais não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade, por esta razão, designado por ordem social” (SANTOS, 1996, p.52). Assim, a função de controle social dos tribunais diz respeito à sua contribuição específica para a manutenção da ordem social e respectiva restauração.

Santos (1996) comenta que desde meados do século XIX, coincidindo com o início do período liberal, o triunfo ideológico do individualismo liberal e a exacerbação dos conflitos sociais – como resultado da revolução industrial e urbana – colocaram como questão central, a seguinte indagação: como manter a ordem social em uma sociedade que perdia ou destruía rapidamente os fundamentos nos quais se assentava? A resposta foi encontrada no Direito, na existência de uma normatividade única, universal, coerente, consentânea com os objetivos de desenvolvimento da sociedade burguesa suscetível de poder ser imposta pela força. E, aos tribunais, foi confiada tal imposição. Desta forma, Santos infere que a resolução dos litígios levada a cabo pelos tribunais, configura, em si mesma, uma função de controle social. Adverte, contudo, que é na repressão criminal que os tribunais exercem especificamente esta função, pois é, nesta área, “que o padrão de sociabilidade dominante é imperativamente afirmado perante o comportamento desviado”. E, “na medida em que esta afirmação coercitiva pode ter eficácia de prevenção, o seu conteúdo de imposição externa passa a coexistir com o de influência interiorizada” (SANTOS, 1996, p. 52).

Outra ponderação importante feita pelo autor é que a análise do desempenho dos tribunais no domínio da justiça penal, corresponde, assim, à análise da eficácia do sistema judicial no domínio do controle social. Tal eficácia, segundo Santos (1996), foi, ao longo dos três períodos, sempre problemática, acentuando-se (tal problema) de acordo com as transformações sociais ocorridas:

---

<sup>55</sup> Os comentários acerca da resolução dos litígios já foram tecidos nos subitens anteriores.

O sistema judicial com o seu peso institucional, normativo e burocrático, teve sempre dificuldades em adaptar-se às novas situações de comportamento desviado. De alguma maneira, estamos hoje a viver, com a questão do combate à corrupção e ao crime transnacional, o último episódio de um longo processo histórico de adaptação e os limites de seu êxito são já e mais uma vez por demais evidentes (SANTOS, 1996, p. 52).

A função de criação do direito por parte dos tribunais, segundo o autor, é a mais problemática, sobretudo, nos países de tradição jurídica europeia continental. Mas, mesmo nos países da *common law* tem sido abundantemente discutido e analisado o declínio da função de criação do direito por parte dos tribunais, um declínio que teve início no segundo período – o período do Estado-Providência – quando o equilíbrio de poderes foi definitivamente destruído a favor do Poder Executivo. Santos, entretanto, assinala que, deixando de lado a arquitetura constitucional e focando as práticas judiciárias cotidianas, há muita criação do direito nos tribunais, tanto nos países da *common law*, como no países do direito europeu continental. Trata-se, na verdade, de uma “criação intersticial”, mas nem por isso, menos importante; e, de algum modo, destinada a “aumentar de importância” nas circunstâncias que parecem estar prevalecendo no terceiro período jurídico-político – o “pós-Estado-Providência”. Destaca, o autor, que a “criação intersticial do direito prospera na medida em que colapsam os princípios de subsunção lógica na aplicação do direito” (SANTOS, 1996, p. 53).

Assim sendo, com o conjunto das funções dos tribunais, os três tipos de funções instrumentais influenciam-se, interpenetram-se e, nenhuma delas é inteligível totalmente, se separada das demais. É, sobretudo, na “resolução dos litígios que os tribunais criam intersticialmente o direito”; e, é também aí que se “exerce o controle social mediante a afirmação de uma normatividade que deixa de depender da vontade das partes a partir do momento em que estas decidem submeter-se a ela” (SANTOS, 1996, p. 53).

Dito de outra forma é, em grande medida, através do conjunto das funções instrumentais que os tribunais exercem também as funções políticas e as funções simbólicas. Centrando a discussão nas funções políticas dos tribunais, sublinha-se a idéia de que mais do que interagir com o sistema político, os tribunais são parte integrante dele. E, admitindo-se que a mobilização dos tribunais pelos/as cidadãos/ãs implica não somente na consciência de direitos, mas, também, na capacidade para reivindicá-los, reforça-se o

laço sociopolítico que liga a atividade dos tribunais ao exercício da cidadania e da participação política.

Por isso mesmo, as funções políticas dos tribunais reconhecem-se também pela forma como contribuem para a legitimação do poder político, como resultado das articulações estabelecidas entre a mobilização judicial, por um lado, e a integração política, por outro. É por via dessa articulação que a crise do Estado-Providência e a crise do ‘garantismo’ jurídico concorrem para uma transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais (SANTOS, 1996; FERREIRA, 2005).<sup>56</sup>

Nessa direção, as funções simbólicas se tornam mais amplas que as políticas, pois comprometem todo o sistema social. Santos (1996) explica que os sistemas sociais assentam-se em práticas de socialização que fixam valores e orientações, distribuindo-os pelos diferentes espaços estruturais de relações sociais (família, produção, mercado, comunidade, cidadania, mundo),<sup>57</sup> segundo as especificidades destes e por critérios de especialização funcional socialmente dominantes. Portanto, as funções instrumentais, assim como as políticas, possuem dimensões simbólicas que serão mais significativas em alguns casos, e, menos, em relação a outros. O autor cita como exemplo a dimensão instrumental, que, possuindo uma função de controle social, é esta a que possui a mais forte componente simbólica. Explica que a justiça penal atua sobre comportamentos que, em geral, se desviam significativamente de valores reconhecidos como particularmente importantes, para a normal reprodução em uma dada sociedade (os valores da vida, da integridade física, da honra, da propriedade, dos papéis sociais, etc.). Ao atuar eficazmente neste domínio, produz um efeito de confirmação de valores violados. Uma vez que os direitos da cidadania, quando interiorizados, tendem a enraizar concepções de justiça retributiva e distributiva, a garantia da sua tutela por parte dos tribunais tem geralmente um poderoso efeito de confirmação simbólica (SANTOS, 2006-b; FERREIRA, 2005).

---

<sup>56</sup> Segundo Santos (1996), nos países periféricos e semiperiféricos – onde o garantismo e o providencialismo estatal nunca se afirmaram plenamente – as responsabilidades políticas do Poder Judiciário serão menores, pois é, também, menor a legitimidade do sistema político no seu conjunto. Tal argumento é fundamental para se compreender o motivo pelo qual a falta de efetividade dos direitos positivados constitucional e normativamente não têm conduzido a uma sobrecarga do sistema político e ao questionamento da legitimidade estatal no Brasil.

<sup>57</sup> A explicação teórica desses espaços estruturais está desenvolvida no Capítulo 03 dessa Tese.

Entretanto, o autor adverte que a maior eficácia simbólica dos tribunais deriva do próprio garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade e da possibilidade recursal. Em termos simbólicos, o direito processual é tão substantivo, segundo o entendimento do autor, quanto o próprio direito substantivo. Por isso, que, também, a perda de eficácia processual por via da inacessibilidade, da morosidade, do custo ou da impunidade afeta a credibilidade simbólica da tutela judicial. Claro que isso não significa, assinala o autor, que exista uma relação linear entre a eficácia do desempenho instrumental e político e a eficácia simbólica, pois, em um Estado ‘opaco’ ou pouco transparente, um deficiente desempenho instrumental dos tribunais pode não afetar a sua eficácia simbólica, sobretudo se alguns casos exemplares de bom desempenho instrumental forem nutrindo a comunicação social, de modo que a visibilidade dos tribunais fique reduzida a essas zonas de atenção pública (SANTOS, 1996; 2007-b).

Em síntese, a compreensão das três dimensões funcionais dos tribunais permite perspectivar a tensão vivenciada nessa esfera de competência de resolução dos conflitos, merecendo uma profunda reflexão crítica, sobretudo quando se centra a discussão na função simbólica do sistema judicial, pois envolve a articulação dos tribunais com todo o sistema social. Com efeito, e para o presente estudo, tal reflexão reveste-se de uma profunda importância, pois, tais funções, constituem uma importante ferramenta analítica para compreender não somente a lógica da racionalidade legal/instrumental, mas também aquelas que se encontram dispostas ou localizadas em um plano mais abstrato do universo amplo e difuso das motivações extralegais presentes nos desfechos dos processos judiciais aqui analisados, trazendo um reforço contínuo das desigualdades e da discriminação.

### *1.2.1 A análise dos tribunais no domínio penal*

Segundo Santos (1996), a análise dos tribunais no domínio penal é mais complexa, pois o desempenho judicial depende das polícias de investigação. Realça que na maior parte dos países centrais, o aumento da litigiosidade civil no período do Estado-Providência ocorreu conjuntamente com o aumento da criminalidade, que não cessou de aumentar no período atual. Tal como na litigiosidade civil a massificação da litigiosidade suscita a rotinização e o produtivismo quantitativo. No domínio judicial penal o aumento

da criminalidade torna manifestos os estereótipos que presidem à rotinização do controle social por parte dos tribunais e a seletividade de atuação que por via dela ocorre.

Tal fenômeno é provocado, conforme Santos (1996; 2005; 2009), por vários fatores:

- Pela criação de perfis estereotipados de crimes mais frequentes, de criminosos mais recorrentes e de fatores criminógenos mais importantes;
- pela criação, de acordo com tais perfis, de especializações e de rotinas de investigação por parte das polícias e do Ministério Público;
- pela criação de infraestruturas humanas, técnicas e materiais, orientadas para o combate ao crime, que se integra no perfil dominante;
- pela aversão, minimização ou distanciamento em relação aos crimes que extravasam desse perfil, quer pelo tipo de crime, quer pelo tipo do criminoso, quer ainda pelos fatores que possam estar na origem do crime.

A estereotipização, de acordo com o autor, determina a seletividade e os limites do preparo técnico do desempenho judicial, no seu conjunto, em relação ao domínio do controle social. Para Santos (1996), a corrupção é um dos crimes que extravasa dos estereótipos dominantes, quer pelo tipo de crime, quer pelo tipo do criminoso, quer ainda pelo tipo de fatores que podem estar na origem do crime. Sublinha, também, que o despreparo técnico suscita, por si, a distância em relação à corrupção e, em última instância à sua minimização. Esta postura é ainda potencializada, neste caso, por um outro fator: a falta de vontade política para investigar e julgar crimes em que estão envolvidos membros da classe política, indivíduos e organizações com muito poder social e político.

## 2. O Sistema Judicial, a Desigualdade Jurídica e o Conflito de Gênero

Observar o sistema judicial sob a perspectiva das relações sociais de gênero – focalizando o conflito de gênero e o seu processamento/julgamento pela via judicial – implica uma incursão em um campo mais abrangente e complexo: o campo da cidadania, ou, no dizer de Santos (2009; 2007-a; 2007-b; 2007-d), o campo contra-hegemônico.

Destaca o autor, como já assinalado, que as sociedades não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, justo e independente. No caso do Brasil, o autor analisa que mesmo diante da fragilidade crônica dos mecanismos de

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

implementação da construção jurídico-institucional, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do país deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. É nessa linha de raciocínio que o autor identifica, em relação ao Poder Judiciário, dois grandes campos: o campo hegemônico e o campo contra-hegemônico. Para explicá-los, Santos (2009; 2007-a) remete-se ao contexto político-econômico, destacando que a fase do neoliberalismo revelou as suas debilidades quando não garantiu o crescimento, quando aumentou drasticamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza das classes populares, além de fomentar uma cultura de indiferença frente à degradação ecológica.

No campo hegemônico, que é o campo dos negócios e dos interesses econômicos, Santos (2007-a) relata que a exigência é de um sistema judiciário rápido, eficiente, e, que permita, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, a segurança jurídica e a garantia e salvaguarda dos direitos de propriedade. Realça, também, que é neste campo que se concentra a grande reforma do sistema judiciário por todo o mundo<sup>58</sup>. E acrescenta:

[...] Por isso, há áreas do judiciário e formas de actuação que são consideradas importantes e outras não. E a formação dos magistrados deve estar orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia. As reformas são orientadas, quase que exclusivamente, pela idéia de rapidez. Isto é, pela necessidade de uma justiça célere. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também uma componente essencial da sua qualidade. No Observatório Permanente da Justiça Portuguesa temos vários estudos onde analisamos a morosidade, as suas causas e as suas tipológicas. Mas, é evidente que do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã (SANTOS, 2007-d, p. 24).

Seguindo essa direção, salienta a tendência dos objetivos da reforma judiciária nortear-se, inclusive, pelo ideal de celeridade processual, olvidando o fato de que “uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão” (SANTOS, 2007-d, p.27).

---

<sup>58</sup> Santos (2007) relata que durante os vários anos que analisou as reformas que tiveram lugar em vários países, particularmente na Europa, na América Latina e na África, inferiu que o sistema judicial desses países é orientado para dar previsibilidade aos negócios; isto significa que as reformas se centram, muito seletivamente, nos setores que melhor servem a economia deixando de fora todos os outros.

O outro campo, designado pelo autor de ‘contra-hegemônico’, é o dos cidadãos/ãs que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional deram-lhes direitos significativos, seja na esfera social ou econômica, vislumbrando na ordem jurídica e nos tribunais um instrumento importante para reivindicá-los e serem incluídos no contrato social. Contudo, Santos (2007-d) traz para a análise uma questão que parece importante considerar: a existência de um outro tipo de demanda, que o autor designa de ‘procura suprimida’. Esclarece que há uma demanda ou procura potencial, que se pode conquistar pelas reformas processuais (algumas das quais acabaram de ser feitas no Brasil, quer na reforma constitucional, quer na reforma infraconstitucional). A outra demanda – a ‘procura suprimida’ – é a dos cidadãos/ãs que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para reivindicá-los quando são violados, ficando totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial e estabelecem contato com as autoridades, que, segundo o autor:

[...] os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura suprimida. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo, que em outros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo activamente produzido como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é procura suprimida. É essa procura que está hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico em geral, que faz sentido falar da revolução democrática da justiça (SANTOS, 2007-d, p. 27 – grifo nosso).

Acompanhando o pensamento do autor, para atender a ‘procura suprimida’ faz-se necessária uma profunda transformação no sistema judiciário – e não somente no direito substantivo e processual –, pois está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária.<sup>59</sup>

Em grande medida, tal concepção resultaria em uma mudança no acesso à justiça em um sistema de ‘transformação recíproca jurídico-política’ – que é diferente da

---

<sup>59</sup> Santos (2007-d) realça o fato de que não faz sentido ‘assacar’ toda a culpa ao sistema judiciário se tais reformas não abrangeram questões atinentes, por exemplo, à formação de magistrados e dos próprios bacharéis em direito.

concepção convencional de busca à tal acesso (SANTOS, 2009; GOMES, 2003). Essa transformação propiciaria uma política de adensamento da cidadania, pela via democrática e do acesso ao direito e à justiça ao se dirigir a um conjunto vasto de injustiças (socioeconômica, racial, sexual, étnico-cultural, cognitiva, ambiental e histórica) que ocorrem na sociedade. Os vetores principais dessa transformação podem ser identificados: nas profundas reformas processuais; nos novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; na nova organização e gestão judiciária; nas mudanças a serem encetadas na formação dos magistrados/as desde as faculdades de direito até à formação permanente; nas novas concepções de independência judicial; em uma relação de poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; e, uma cultura jurídica democrática e não corporativa (SANTOS, 2009; 2007-d).

Nesse contexto, torna-se importante citar os estudos realizados por Uprimny e García-Villegas (2003-c) relativos à dimensão emancipatória das decisões judiciais, ao analisarem aquelas proferidas por juízes constitucionais na Colômbia. Explicam os autores que, a partir da década de 1980, os juízes adquiriram um papel de protagonismo em boa parte dos regimes democráticos do mundo, a tal ponto, que alguns estudiosos, como Santos (2001), Linz e Stepan (1996) e Nino (1992), falam de uma alteração da carga de legitimação democrática das instâncias políticas para as judiciais. Os maiores protagonistas foram os juízes penais na luta contra a corrupção política, por um lado, e, os juízes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais, de outro.

Nas análises procedidas por Uprimny e García-Villegas (2003-c), os Tribunais Constitucionais tiveram especial importância nos países da Europa do Leste e em muitos outros que se encontram (ou encontram) em processo de transição para a democracia.<sup>60</sup> Esses Tribunais vêm desempenhando um papel chave, muitas vezes em contramão, relativamente ao previsto pelo sistema político vigente e, às vezes, até mesmo, contra a lógica do mercado capitalista. Isto implica em uma ‘judicialização’ dos conflitos políticos, o que por sua vez, arrasta consigo uma ‘politização’ dos conflitos judiciais (SANTOS, 2001). Os Tribunais Constitucionais da Hungria<sup>61</sup> e também da África do Sul

<sup>60</sup> Sobre esse tema vide, dentre outros autores, Malloy (1977), Nino (1992), Linz e Stepan (1996).

<sup>61</sup> Sobre o tema vide Zirzak (1996).

<sup>62</sup> são os exemplos mais conhecidos, dentre outros igualmente importantes, como o Supremo Tribunal da Índia, <sup>63</sup> da Rússia, da Coreia<sup>64</sup> e da Colômbia. Contudo, alertam os dois mencionados autores, que o caráter contra-hegemônico do protagonismo judicial deve ser analisado com cautela, pois, há mais de uma década, que as principais agências internacionais para o desenvolvimento, as quais não representam propriamente um símbolo da luta contra-hegemônica, dedicam o essencial dos seus recursos à promoção do poder judicial<sup>65</sup>. Tal cautela é necessária, nomeadamente, no que se refere à justiça consuetudinária, penal e civil, pelo fato de serem âmbitos privilegiados deste fenômeno de “globalização judicial”.

Com efeito, conforme já analisado anteriormente, boa parte desses recursos internacionais destina-se ao incremento da eficiência daqueles processos judiciais mais requeridos pelo mercado capitalista, e, conseqüentemente, pode estabelecer-se uma empatia *prima facie* entre eficiência judicial e interesses hegemônicos. Todavia, a situação parece ser diferente no que se refere aos juízes/as constitucionais – advertem os autores – pois, em primeiro lugar, eles não têm sido os beneficiários privilegiados dos recursos econômicos mencionados; e, segundo, as suas decisões incidem, na maioria das vezes, sobre interesses hegemônicos essenciais, como foi o caso do Tribunal colombiano.

Assim sendo, os autores mencionados assinalam, ainda, que é importante não confundir o sentido desses desenvolvimentos paralelos: de um lado, tem-se o aumento da eficácia judicial destinada preferencialmente à proteção de interesses capitalistas globalizados; de outro, tem-se o protagonismo judicial contra a corrupção e as violações dos direitos fundamentais. Tratam-se, portanto, de lógicas diferentes e inclusivamente contrárias em termos gerais, embora, em certas circunstâncias, possam fortalecer-se reciprocamente.

---

<sup>62</sup> Sobre o caso da África do Sul ver Klug (1996) e Burnham (1997).

<sup>63</sup> Sobre o Supremo Tribunal da Índia, vide Sripati (1998), Crossman e Kapur (1997)

<sup>64</sup> Sobre o tema vide Yang, 1998.

<sup>65</sup> Tal fenômeno, segundo Uprimny e Garcia-Villegas (2003), está relacionado com o denominado *the rule of law Project* promovido pelas agências internacionais para o desenvolvimento sob o pressuposto de que certas reformas legais são indispensáveis para o desenvolvimento econômico dos países; assim, relatam os autores, foram investidos vários bilhões de dólares em projetos legais nomeadamente no âmbito judicial. As principais instituições financeiras incluem o Banco Mundial, a Agência Internacional dos Estados Unidos da América para o Desenvolvimento (USAID) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – sobre os montantes investidos, vide Santos (2001).

Se tais abordagens acaloram as discussões sobre os ideais de justiça e aceleram reformas jurídicas e judiciais há muito emergentes, levam, também, à discutir e analisar – como é o caso deste estudo – questões atinentes à persistência uma cultura jurídica centrada em práticas androcêntricas, misóginas e patriarcais. Isto é, de uma visão ainda tradicional do direito, cujas considerações acerca da carga ideológica de seus fundamentos e conceitos, potencializam o controle social, excluindo sujeitos historicamente considerados ‘minoritários’. Significa dizer, que o acesso desigual ao direito e à justiça torna-se ainda mais evidente quando se focalizam os conflitos de gênero na instância judicial, e, que a dívida histórico-jurídica das injustiças perpetradas contra a mulher ao longo dos séculos ainda continua represada.

Nesse sentido, o exercício reflexivo proposto, acima, por Santos (2007-d), no sentido de considerar o conceito de ‘sociologia das ausências’ – que se baseia, inclusive, na idéia da superação da naturalização das diferenças –, possibilita desvelar algumas razões acerca dos modos como os/as cidadãos/ãs utilizam o direito, mas, também, como o evita ou lhe resiste. Ainda sob essa abordagem, a diferença no acesso à justiça pode ser percebida nos fundamentos/motivações constantes das decisões judiciais relativas aos crimes sexuais praticados contra as mulheres, cujos julgadores/as, muitas das vezes, interpretam e julgam tais delitos sob a orientação de elementos e simbolizações da cultura, que passam a ser determinantes na aplicação da justiça.

Nessa mesma perspectiva, Adorno (1994) ao trazer para a análise a questão da justiça social e a igualdade jurídica, observa que o “modelo liberal de justiça” no Brasil nunca saiu do nível simbólico, vez que a ‘igualdade de todos perante a lei’ nunca se concretizou. Veja-se:

Um amplo hiato entre o direito e os fatos, entre o enunciado legal e as situações concretas de discriminação e exclusão se mantém, contribuindo para diluir critérios universais de juízo destinados a solucionar litígios e pendências nas relações intersubjetivas. Em situações como esta, a *distribuição da justiça acaba alcançando alguns cidadãos em detrimento de outros*, o acesso da população aos serviços judiciais é dificultado por razões de diversas ordens e, *muito dificilmente, as decisões judiciais deixam de ser discriminatórias* (ADORNO, 1994, p.134 – grifo nosso).

Pondera, dessa forma, o autor, que a garantia da igualdade no acesso à justiça depende, sobretudo, da superação da dificuldade da justiça penal em traduzir as diferenças e as desigualdades em direitos. A desigualdade jurídica sendo considerada como o efeito

de práticas judiciais destinadas a “separar, dividir, revelar diferenças e ordenar partilhas” (ADORNO, 1994, p. 149).

Sobre tal ponderação, Izumino (1998, p.30) comenta que, na prática, o sistema judicial “tem se apresentado como uma instância reprodutora de desigualdades”. Observa que, genericamente, a denúncia da desigualdade no acesso à justiça escuda-se no recorte de classe, resultando na inacessibilidade aos mais pobres e menos privilegiados economicamente – sendo, inclusive, carentes diante do reconhecimento de seus direitos. Quando aborda a questão da desigualdade jurídica sob o ponto de vista do recorte de gênero, a autora enfatiza que tal categoria incide transversalmente sobre as demais (social, econômica ou racial), dando-lhes, como especificidade, a exacerbação de algumas diferenças. Ou seja, atravessa a esfera judicial imprimindo novas tonalidades à desigualdade no acesso à justiça.

Merece ser transcrita a análise de Santos (2006) quando tece observações acerca dos estudos realizados sobre a ‘sociologia dos tribunais’, alertando sobre a necessidade de uma nova política judiciária, voltada para os conflitos sociais e os mecanismos da sua resolução:

[...] as desigualdades da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio substantivo, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade (SANTOS, 2006-a, p. 177).

## *2.1 A influência dos significados androcêntricos na Ciência Jurídica/ Sistema de Justiça*

Inicialmente, vale destacar que quando se fala em práticas jurídicas com significados androcêntricos, esses são definidas a partir do que informa Praetorius *et al* (2007, p. 21):

Por androcentrismo devemos entender a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual – de maneira ingênua ou propositada – a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto do sexo masculino. Às afirmações sobre ‘o homem’, (= ser humano), derivadas dos contextos da vida e da experiência masculinas, os pensadores androcêntricos atribuem uma validade universal: o homem (= ser humano masculino) é a medida de todo o humano. Esta reconstrução filosófica e lingüística reducionista da realidade tem, entre outras conseqüências, a de o conceito de trabalho ser definido unilateralmente a

partir das condições do trabalho assalariado [...]. Só numa sociedade em que o pensamento androcêntrico é onipresente é que pôde ocorrer que só aos poucos, e enfrentando a resistência dos homens, as mulheres tivessem que conquistar o acesso aos direitos humanos universais. O preconceito androcêntrico torna a vida feminina invisível do ponto de crítica lingüística, ideológica e científica feminina tem, pois, como meta desvendar, no discurso dominante, estruturas preconceituosas androcêntricas, e desta forma desmascarar a objetividade aparente como uma retórica do partidarismo masculino (PRAETORIUS *et al*, 2007, p. 21).

Em virtude da presença desse olhar – ou significados androcêntricos –, as práticas jurídicas tendem a enfocar suas análises a partir de uma perspectiva senão unicamente, mas, preponderantemente, masculina, cujos resultados, materializados nas decisões judiciais, são tomados como generalidades na medida dos humanos masculinos, mesmo que sejam as mulheres, as envolvidas. Um exemplo da ausência do olhar de gênero nas práticas jurídicas é o uso da linguagem, cuja referência é a nomenclatura no masculino. Nesse sentido, Facio e Camacho (mimeo, s/d, p.6) assinalam:

Recordemos que o termo ‘homem’ serve tanto para definir o varão da espécie como a espécie toda, e pior ainda, a gramática exige que se fale em masculino ainda que se esteja fazendo referência a um grupo composto por um milhão de mulheres e um recém-nascido varão (FACIO; CAMACHO, s/d, p. 6).

Segundo Warat (1985, p. 88), a dogmática (jurídica) possui uma função de “conservação social”:

O componente ideológico acompanha todo conhecimento científico no campo social – por conseguinte, também na esfera jurídica. A dogmática jurídica, contudo, pretende sustentar o contrário. Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas (WARAT, 1985, p. 88).

A discussão sobre o Direito e a mulher no Brasil, segundo Streck (2002), começa pelo próprio tipo de visão que os/as operadores/as jurídicos, instrumentalizados pela “dogmática jurídica”,<sup>66</sup> têm acerca da mulher, cujos conhecimentos encontram

<sup>66</sup> Streck (1999) ao tratar dessa questão, sublinha a necessidade de ‘discutir a crise do Direito’, do Estado e da dogmática jurídica (que instrumentaliza o Direito) e seus reflexos na sociedade. Realça o fato de que o modelo e o modo de produção do Direito – ‘liberal-individualista-normativista’ – está esgotado. Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

resistências e permanecem, há muito, ocultos pelo paradigma dominante. O autor infere que esse debate é de cunho ‘crítico-hermenêutico’, pelo qual é necessário um enfrentamento da dogmática jurídica, no contexto “de uma tradição que vem permeada por um imaginário no interior do qual a questão do gênero tem dificuldade de ser assimilada pelos operadores do direito” (STRECK, 2002, p.156).

Em outras palavras, as práticas jurídicas podem converter-se na reprodução das desigualdades e no acesso desigual ao direito, a partir da imposição de determinadas representações e significações reprodutoras da seleção arbitrária produzida por um grupo ou segmento sócio-profissional sobre outros, a qual possa ter alguma ingerência, e, através de seu próprio ‘arbitrário cultural’. Esta reprodução exerce a função estratégica de replicar as relações de força nas quais se baseia, em boa medida, no poder de “imposição arbitrária” das decisões judiciais, segundo Bourdieu (2002), que, denomina esta dimensão de “função de reprodução social da reprodução cultural”.

Essa perspectiva de análise também pode ser vislumbrada quando Scott (1995) define o papel das doutrinas jurídicas, educativas e religiosas, construído no interior das relações de poder. Ressalta essa autora que os conceitos normativos são instrumentos de controle, mas não são produzidos como uma unidade, havendo divergências tanto entre discursos que defendem posições antagônicas entre sexos, quanto divergências entre os contra-discursos, e, entre as resistências a estes discursos:

[...] ‘quando e em quais circunstâncias’ é a questão que deveria preocupar os(as) historiadores. A questão que emerge como posição dominante é, contudo, declarada a única possível. A história posterior é escrita como se essas posições normativas fossem o produto do consenso social e não do conflito (SCOTT, 1995, p.38).

Para a autora, as relações de gênero podem ser definidas como uma “forma primeira de significar as relações de poder”, e, que é um “campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado”, não sendo um único campo, mas ele “parece ter constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas” (SCOTT, 1988, p. 16).

---

e o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social clamam novas posturas dos operadores jurídicos.

Na sociologia brasileira<sup>67</sup> Saffioti (1992) sustenta que as relações de gênero devem ser vistas como ‘relações de poder’, não havendo nenhuma contradição no fato de que o poder seja exercido em doses desiguais pelas partes que compõem esta relação. A autora explica que o patriarcado e o capitalismo são duas faces de um mesmo modo de produzir e reproduzir a vida. Destaca que para a maioria dos autores o patriarcado é concebido como sistema político, enquanto o capitalismo é captado apenas em sua dimensão econômica; mas nem o patriarcado nem o capitalismo podem ser reduzidos a um sistema de dominação política, pois em seu seio também fluem os demais tipos de dominação, inclusive a econômica (SAFFIOTI, 1988).

Embora reconheça no patriarcado o mais antigo sistema de dominação-exploração, Saffioti (1987) considera que a dominação do sexo masculino sobre o feminino somente pode ser entendida a partir da idéia de simbiose dos três sistemas: patriarcado-racismo-capitalismo. A autora rejeita o uso substantivado de um desses sistemas – por exemplo, capitalismo-patriarcal, ou, patriarcado-capitalista – por considerar que ao se atribuir maior importância a um desses sistemas, o outro é colocado como secundário, propiciando sérias consequências sob o ponto de vista das estratégias de luta dos contingentes humanos oprimidos, dominados e explorados.

Para Facio (2007), o conceito de patriarcado é antigo e não necessariamente um aporte das teorias feministas. A autora registra que:

Engels lo denomino, em su famosa obra ‘El Origen del la Família, el Estado, y la Propiedad Privada’, como el sistema de dominación más antiguo. Pero fueron las teorías feministas de los años 60s y 70s del pasado siglo las que actualizaron este concepto dejado atrás por los científicos sociales por referirse, según ellos, solamente a civilizaciones antiguas. Fue en esas décadas que descubrimos que el patriarcado se había ido transformando a partir de la institucionalización del dominio de los hombres adultos sobre las mujeres de todas las edades y los niños de la familia patriarcal, en un sistema de dominio masculino generalizado a toda la sociedad. Vimos que este sistema de dominio que nosotras quisimos seguir llamando patriarcado implica que todo lo relacionado con lo masculino tiene más valor y poder en cada una de las instituciones de la sociedad aunque no implica que las mujeres no tengamos

<sup>67</sup> Os referenciais teóricos do movimento feminista brasileiro foram importados das discussões travadas por grupos feministas franceses, americanos e anglo-saxões. Várias coordenadas teórico-analíticas surgiram na luta pela igualdade, cumprindo dar destaque a três correntes: uma primeira, que ocupou-se em analisar a supremacia masculina e suas origens no patriarcado; a segunda, ligada ao marxismo; e, a terceira corrente mais ligada às escolas da Psicanálise (SCOTT, 1988).

ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o recursos (FACIO, 2007, p. 01).

Alda Facio e Rosalia Camacho (mimeo, s/d) realçam que uma das principais características da sociedade patriarcal está no núcleo da definição do androcentrismo, postura segundo a qual todos os estudos, análises, investigações, narrações e propostas são realizadas a partir de uma perspectiva unicamente masculina e tomadas como válidas para a generalidade dos seres humanos, sejam homens ou mulheres.

Para alcançar a compreensão do modo de expansão de todas as formas e discriminação de opressão faz-se necessário, segundo Facio (1996), entender que o patriarcado se mantém e se reproduz em suas distintas manifestações históricas, e através de múltiplas e variadas instituições. A autora entende que a instituição patriarcal se constitui em um conjunto de práticas, crenças, mitos, relações, organizações e estruturas estabelecidas em uma sociedade, cuja existência é constante e contundente. E, juntamente com outras instituições extremamente ligadas entre si, transmitem de geração a geração a desigualdade.

Saffioti (1987) considera de suma importância compreender como a ‘naturalização’ dos processos socioculturais de discriminação da mulher – e outras categorias sociais – constitui o caminho mais fácil e curto para legitimar a ‘superioridade’ dos homens.<sup>68</sup> Adverte, por conseguinte, que a inferioridade feminina é exclusivamente social, e, que, as estruturas de dominação não se transformam meramente através das leis, pois “enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar à luz do sistema de idéias justificador do presente estado de coisas” (SAFFIOTI, 1987, p.26)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> A autora enfatiza que a força da “ideologia da inferioridade” da mulher é tão grande que até mulheres que trabalham na “enxada”, apresentado maior produtividade que os homens, admitem sua “fraqueza”. Estão, de tal maneira, imbuídas desta idéia de ‘inferioridade’ que se assumem como seres inferiores (SAFFIOTI, 1987).

<sup>69</sup> Registra também a autora que, a bem da verdade, “não são apenas os homens e mulheres anônimos ou poderosos, mas sempre preconceituosos que constroem e nutrem estas relações assimétricas, desiguais, injustas. A própria ciência (com ‘c’ minúsculo) e, sobretudo, o uso que dela se faz trazem a marca desta manipulação das mulheres, desse processo de nutrir cotidianamente os preconceitos que permitem uma maior dominação-exploração dos elementos femininos” (SAFFIOTI, 1987, p.32-33).

Portanto, não se deve perder de vista, segundo Walby (1990), que a noção de sistema patriarcal é tomada como uma moldura de significados que possibilita compreender as desigualdades persistentes entre os próprios homens, e, entre estes e as mulheres, motivadas, sobretudo, pela passagem de um patriarcado privado para um patriarcado público. Essa autora demarca que a mencionada passagem desencadeia mudanças na ordem patriarcal de caráter quantitativo que se manifestam na intensidade da opressão contra as mulheres. Essas mudanças quantitativas são designadas pela autora de ‘grau do patriarcado’. As mudanças qualitativas, por sua vez, são caracterizadas pelos tipos de patriarcados definidos pelas diversas relações estruturais e as conseqüentes ações de violências inseridas nas instituições sociais, sendo nomeadas de “formas de patriarcado” (BANDEIRA, 2006-a).

Neste contexto argumentativo, Segato (2003) ressalta o fato de que as relações de gênero obedecem a estruturas de ordem muito arcaicas e respondem a um tempo extraordinariamente lento, correspondente ao patriarcado, constituindo-se em um sistema de hierarquia social assentado na sistemática proeminência dos homens em relação às mulheres, quer na esfera pública – onde os homens se destacam pelas posições de poder –, quer na esfera privada – imposição da autoridade paterna como a autoridade familiar –, sendo uma constante social, que perpassa todas as outras formas políticas, sociais, econômicas ou jurídicas<sup>70</sup>.

Todas essas dimensões estruturais referentes ao patriarcado, em suas diversas expressões, interagem, segundo Bandeira (2006-a), umas com as outras, dando-lhes diferentes formas e significados, no sentido de manterem as desigualdades entre homens e mulheres, em diferentes gradações e formas – como é o caso do patriarcado privado e público, sendo este último o ponto de destaque desta investigação.

Valendo-se da metodologia proposta por de Alda Facio<sup>71</sup> para análise do fenômeno jurídico, Rodrigues (2004) observa que a perspectiva da razão androcêntrica

<sup>70</sup> O conceito ‘patriarcado’, inexistente, segundo Schuttruff (1996), sem consenso quanto à influência da razão androcêntrica sobre a formulação científica de modo geral.

<sup>71</sup> A metodologia de análise que Alda Facio (1995), implica, em síntese, na busca de uma nova concepção de igualdade entre os sexos, que se fundamenta na idéia de igualdade na diferença, onde nenhum dos gêneros deve ser tomado como paradigma único do humano, pois ambos, mulheres e homens, são ‘igualmente humanos’ com distintas necessidades e interesses ‘igualmente válidos’. Para que se efetive uma análise de gênero, ela deverá ser atravessada por múltiplas clivagens, sob pena de perda de seu sentido.

guiou, desde o nascedouro, a formulação da ciência jurídica, a partir de diversas estratégias de legitimação do universo masculino em detrimento do feminino. Destaca que tais estratégias resultam não somente na invisibilização do gênero feminino, neutralizando-o em nome de uma pretensa universalidade, como em uma retórica contemporânea que objetiva a desqualificação e o isolamento ideológico do discurso feminista, com o propósito de manutenção da razão androcêntrica.

Situando o enfoque androcêntrico na ciência jurídica e seus reflexos sobre a noção de (des)igualdade perante a lei, Oliveira (2002) considera que embora a produção legislativa específica sobre a mulher confere-lhe certa proteção especial – por exemplo, no campo dos direitos reprodutivos – permanece redutora da idéia de igualdade jurídica, na medida em que a discriminação sexual, com tal iniciativa, tende a não ser eliminada. Ressalta, citando Facio (1996), que a necessidade de uma concepção do direito mais ampliada, de modo a compreender seus outros componentes (estrutural, político e cultural) é extremamente relevante, pois uma legislação aparentemente neutra está suscetível não somente a interpretações ou aplicações tendenciosas, como também a uma assimilação pela sociedade de acordo com os seus valores, costumes e preconceitos.

Ao refletir sobre as normas da atuação da prática jurídica e os controles masculinos e institucionais que incidem sobre as práticas sexuais femininas, Bandeira (2007, p.20) adverte que:

Há mais de três décadas, *as pesquisas feministas* na área das ciências sociais *evidenciaram lógicas institucionais, jurídicas e políticas* subjacentes aos sistemas sociais que *negam à maioria das mulheres um estatuto de cidadania pleno e, conseqüentemente, de humanidade*, uma vez que a sexualidade feminina, real ou suposta, tem sido frequentemente utilizada e apropriada como instrumento de controle viril e social que, para além do corpo, atinge também a subjetividade feminina. Nesse sentido, faz-se necessário questionar os controles masculinos e institucionais sobre as práticas sexuais heterossexual no domínio das sexualidades e das convivências intersubjetivas entre as mulheres e os homens, *tanto perante a lei* como nos relacionamentos (BANDEIRA, 2007, p. 20 - grifo nosso).

Harding (1996) salienta que os estudos sobre a questão da equidade documentam que existe uma contundente oposição histórica em relação às mulheres, onde o palco científico e o universo jurídico revelam essa discrepância, ao excluí-las da história social da ciência, em razão do olhar androcêntrico.

Foi sob tal perspectiva que se analisou, neste estudo, as questões atinentes ao conflito de gênero e sua solução pelo Sistema Judicial, em uma tentativa de desvelar seus contornos e sua ideologia, mais especificamente, a partir do enfoque androcêntrico. Warat (1995, p.57) em suas reflexões sobre esse tema, considera a ciência jurídica como um “discurso que determina um espaço de poder”. E, que, essa ciência “será obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social”. Segundo este autor, a dogmática jurídica possui uma função de ‘conservação social’, em razão da presença do mesmo ‘componente ideológico’ em toda elaboração científica na esfera social, em que está contido o campo jurídico.

Ao final, cabe, ainda, lembrar as considerações de Vargas (2008) ao enfatizar que poucos são os estudos sociológicos sobre processos decisórios na Justiça Criminal que questionam os critérios utilizados para embasar as decisões judiciais – principalmente aqueles atinentes aos crimes de estupro. Essa autora parte do pressuposto de que ao problematizar estes critérios e verificar qual o seu efeito nas decisões, é possível identificar alguns vieses e discriminações que elas engendram.

\* \* \*

Neste estudo foram, primeiramente, identificados, segundo as análises de Boaventura de Sousa Santos, os três grandes períodos, no significado sociopolítico, da função judicial nas sociedades modernas, e, as três funções desempenhadas pela justiça: as funções instrumentais associadas à resolução dos litígios, controle social, administração e criação de direito; as funções políticas decorrentes do fato dos tribunais serem um dos órgãos de soberania; e as funções simbólicas, de caráter mais geral que envolvem a articulação dos tribunais com todo o sistema social.

Como visto, mais do que interagir com o sistema político, os tribunais são parte integrante dele. Admitindo-se que a mobilização dos tribunais pelos cidadãos implica não somente consciência de direitos e capacidade para reivindicá-los, significa, também, sob um olhar contra-hegemônico, um acesso à justiça que propicie a emancipação daqueles que pedem a tutela jurisdicional do Estado.

O estudo do funcionamento do sistema judicial, na dimensão aqui proposta, requer adentrar nas relações de gênero e nas diversas formas de segregação e discriminação que transversalizam esse universo do direito – particularmente as decisões judiciais. Requer, enfim, uma análise multidimensional desses mecanismos que se encontram dispostos nas estruturas que circundam o aparato institucional do Estado ao processar e julgar, precipuamente, os crimes sexuais contra as mulheres.

## Referências

ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: *as mortes que se contam no Tribunal de Júri*. In: **Revista USP**, Dossiê Judiciário, n. 21, março/maio. São Paulo, 1994.

BANDEIRA, Lourdes. **Patriarcado e Violência masculina**: crimes de morte como construção pública. Texto apresentado no 30º Encontro anual da ANPOCS, no GT 27: Violência, Conflitos e Práticas Culturais. Caxambu, 2006-a.

FACIO, Alda. **La regulación social del género**. El género como filtro del poder. Lima: Flora Tristán, 1993

\_\_\_\_\_. El derecho como produto del patriarcado. In : **Sobre las patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones** (una crítica sensitiva al derecho). Costa Rica : ILANUD, 1996.

\_\_\_\_\_. El patriarcado y sus instituciones. In : **Reflexiones**, n. 318. Cuba : Periódico, 2007.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalia. **Del Derecho Androcentrico Hacia una Propuesta para un Nuevo Derecho de Familia**. Mimeo, (s/d).

GOMES, Conceição. **O tempo dos Tribunais**: um estudo sobre a morosidade da Justiça. Coimbra: Coimbra, 2003.

HARDING, Sandra. **Feminism Confronts the Sciences: Reform and Transformation**. In: **Whose Science? Whose Knowledge? Thinking From Women's Lives**. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Ciência y feminismo**. Madrid: Morata, 1996.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência Contra a Mulher**: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: FAPESP/ANNAGLUME, 1998.

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**. Southern Europe, South America, Post-Communist Europe. Baltimore-Londres: The Johns Hopkins University Press, 1996.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna: 1987.

\_\_\_\_\_. Movimentos Sociais: face feminina. *In*: CARVALHO, Nanci Valadares de (org). **A condição feminina**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Vértice, 1988.

\_\_\_\_\_. Rearticulando gênero e classe social. *In* : COSTA, A. de O. ; BRUSCHINI, C. (orgs). **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

SAFFIOTTI Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, S. S. **Violência de gênero** – Poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Para um nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de Pascal. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, volume 80. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007-a.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007-b.

\_\_\_\_\_. **Cognitive Justice in a Global Word: Prudent Knowledges for a Decret Life**. Lanham: Lexington Books, 2007-c.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007-d.

\_\_\_\_\_. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78. Coimbra: CES, 2007-e.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice** – O social e o político na pós-modernidade. São Paulo. Cortez, 2006-a.

\_\_\_\_\_. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática – volume IV. Porto: Afrontamento, 2006-b.

\_\_\_\_\_. **Globalização** – Fatalidade ou Utopia? Porto: Afrontamento, 2005.

\_\_\_\_\_. **Reconhecer Para Libertar** – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Porto: Afrontamento, 2004.

\_\_\_\_\_. **Las estructuras elementales de la violencia: contracto y status en la etiologia de la violència**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente** – “Um Discurso sobre as Ciências Sociais” revisitado. Porto: Afrontamento, 2003-a.

\_\_\_\_\_. Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, volume 63. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2003-b.

\_\_\_\_\_. **Democratizar a Democracia** – Os Caminhos da Democracia Participativa. Porto: Afrontamento, 2003-c.

\_\_\_\_\_. O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique**, vol. I . Porto: Afrontamento, 2003-d.

\_\_\_\_\_. **Entre ser e estar** – Raízes, Percursos e Discursos da Identidade. Porto: Afrontamento, 2002.

\_\_\_\_\_. Los paisagens de la justicia en las sociedades contemporâneas. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício Garcia (orgs). **El caleidoscopio de las justicias en Colombia**. Bogotá: Uniandes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas** – O caso português. Porto: Afrontamento, 1996.

\_\_\_\_\_. **Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**. New York: Routledge, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução a Uma Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *In*: **Revista Educação e Realidade**. Porto Alegre, v. 20, n. 2, Jul/Dez, 1995.

SEGATO, Rita Laura. Os percursos do Gênero na Antropologia e para além dela. *In*: **Revista Sociedade e Estado**, XX/2. Brasília, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. Os Crimes Sexuais e o Papel da Mulher no Contexto da Crise no Direito: Uma Abordagem Hermenêutica. *In*: **Cadernos Themis Gênero e Direito**, Ano III, n. 3, dez. Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2002.

\_\_\_\_\_. Criminologia e Feminismo. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

UPRIMNY, Rogrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Participativa**. Porto: Afrontamento, 2003-c.

VARGAS, Joana Domingues. Padrões do estupro no fluxo do sistema de justiça criminal em Campinas, São Paulo. *In*: **Revista Katálisys**, vol. 11, n. 2. Florianópolis, Julho/Dezembro, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Tempo e a Morosidade Processual na Justiça Criminal**: discussões Metodológicas. Anais da ALASCIP. Campinas, 04 a 06 de setembro de 2006.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *In*: PRADO, Luiz Regis; KARAN, Munir (org). **Estudos de filosofia do direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

**HERANÇA IBÉRICA  
CIDADANIA E RELAÇÕES DE TRABALHO**

*Leandro do Nascimento Rodrigues*

---

Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Direito do IESB

226

*Martin Adamec*

---

Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Professor do UniCeub

**Introdução**

O jeito ou *jeitinho* já se tornaram palavras frequentes no cotidiano brasileiro. Mais que isso, seu significado está presente e permeia a realidade brasileira de modo generalizado, seja no dia a dia da população, nas relações interpessoais, seja em estudos acadêmicos diversos.

O *jeitinho* pode ser utilizado desde uma simples requisição de um favor entre amigos até permear a esfera da corrupção e de uma conduta delituosa. Conferir limites ao *jeitinho* fatalmente será uma tarefa subjetiva, uma vez que o mesmo não é uma verdade racional sob a ótica de Hannah Arendt (2005), e está sujeito à opinião. Assim, dependendo do contexto e do interlocutor, o termo pode se referir a ampla gama de atitudes, do favor à corrupção.

O *jeitinho* é um importante elemento cultural da sociedade brasileira, presente, ainda que indiretamente, em várias obras que se propuseram a estudar o Brasil, notadamente aquelas escritas sob um viés cultural, ou ainda, que se baseiam nos costumes, na história social e em questões do cenário cotidiano do povo brasileiro. Desse modo, não pode ser preterido num debate para se definir os conceitos de nação e nacionalismo brasileiros.

Para além de esparsas referências do termo em meados do século XX, vale frisar que um uso mais sistemático de *jeitinho* tem início somente na década de 1970, mais precisamente em 1974 e 1976:

O adorável *jeitinho* bem brasileiro que nenhum povo do mundo teve a felicidade de enquadrar nos seus costumes e práticas atuou de maneira diversa através dos tempos, substituindo, na medida das conveniências e conforme o paladar, as velhas praxes com vantagens para os fins propostos (ROSA, 1974 *apud* BARBOSA, 2006, p. 180).

<sup>3.</sup> Tais como *Brasil para principiantes: venturas e desventuras de um brasileiro*, de Peter Kellemen, de 1959, ou *Roteiro do Tocantins*, de Lysias Rodrigues, de 1943.

Barbosa (2006, p. 181) aponta que até 1950 foram encontradas três referências do *jeitinho* nos meios de comunicação, enquanto que de 1950 até a realização de sua pesquisa em meados da década de 1980 foram encontradas quarenta e cinco menções a *jeitinho*.

Entretanto, o fato do mesmo não ter sido abordado até então não significa que o *jeito* não existia ou não era uma prática recorrente dos brasileiros. Roberto DaMatta (1984) considera que no primeiro documento sobre o Brasil já existe a presença do *jeito*. Na Carta de Pero Vaz de Caminha a El Rei de Portugal, o autor encerra a mesma com um pedido para transferir seu genro Jorge de Osório da ilha de São Tomé. Para DaMatta, os elogios citados na carta referentes à nova terra na verdade tinham como objetivo primeiro permitir tal pedido. Pero Vaz de Caminha escreveu a elogiosa carta sobre a descoberta e o novo mundo, mas um de seus objetivos, além do relato da descoberta, era conseguir um benefício a um parente.

A partir da colocação de DaMatta é plausível considerar que o *jeitinho* pode ser considerado como uma herança ibérica, ou ainda, fruto do processo de colonização e miscigenação ocorridos no Brasil. Não se trata, pois, de um elemento recente da cultura e comportamento brasileiro, ainda que os primeiros relatos acerca do mesmo datem da segunda metade do século XX.

Antes, contudo, de adentrarmos a discussão sobre as origens históricas do *jeitinho*, mostra-se crucial delimitar o arcabouço teórico dentro e contra o qual esses

desenvolvimentos serão apreendidos. Desse modo, faremos uma breve apresentação dos conceitos de dominação racional-legal e tradicional, elaborados por Max Weber.

## Modernidade e tradição em Max Weber

No contexto da obra weberiana, o desenvolvimento da modernidade em geral, e do Estado moderno em particular, tem lugar proeminente. A modernidade seria caracterizada pela gradual ascensão e difusão de um certo tipo de ação social<sup>72</sup>, a ação racional com relação a um objetivo<sup>73</sup>. O desencantamento do mundo, decorrente da ampliação do escopo desse tipo de ação em detrimento das ações tradicionais<sup>74</sup>, afetivas e racionais em relação a um valor<sup>75</sup>, pode ser também associado a mudanças políticas num sentido de dominação.

Vista como exercício legítimo de poder concreto, que vai ser impreterivelmente obedecido, a dominação também transmuta suas bases em direção à racionalidade. O povo, os dominados, não obedecem mais devido à aptidão de cura pelas mãos dos reis (carisma) ou pela simples inércia da casa reinante há muito estabelecida (tradicional); o que vale é a estrutura de mando racionalmente justificada, associada a preceitos de normas e leis: “toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a da moderna burocracia e da empresa burocrática (...). As formas de dominação burocrática estão em ascensão por todas as partes” (WEBER *apud* COHN, 2008, p. 130). No caso, a burocracia moderna, associada intimamente à empresa capitalista, seria exemplo típico da dominação racional-legal. Baliza a obediência aos mandatos políticos em estatutos, normas ou leis formais, corretamente sancionados. O Estado, nesse contexto, detém o monopólio dos meios materiais de gestão – como vimos,

---

<sup>72</sup> Ação orientada conforme a conduta de outros, à qual o próprio agente confere sentido. O conceito de sentido aqui se refere à compreensão subjetiva do próprio agente no contexto da ação, em última instância, também à sua própria motivação, não a qualquer racionalização ou objetivização *a posteriori* por ele próprio ou terceiros. (COHN, 2008, p. 29)

<sup>73</sup> Ação instrumental, que busca os meios mais eficientes para alcançar dado fim

<sup>74</sup> Ação calcada na inércia, na obediência a padrões tidos por praticamente eternos

<sup>75</sup> Ação orientada pela lealdade a valores (religiosos, políticos, artísticos etc) tidos por absolutos e inegociáveis

sua maior expressão é a violência, mas envolve uma série de instrumentos e recursos que conseguem garantir a vontade do governante. De certo modo, a modernidade do Estado pode ser aferida justamente a partir do uso cada vez menor ou, ao menos, mais difuso, da violência física.

A burocracia em si é uma organização heterônoma e heterocéfala, ela mesmo obedecendo às leis que utiliza e aplica no seu dia-a-dia. Alguns funcionários podem ser apontados por razões políticas, mas tipicamente passam por rigorosos processos de seleção, a fim de demonstrar sua especialização. Enquadram-se, por meios contratuais, numa estrutura hierárquica, disciplinada, dotada de planos de carreira específicos, e recebem remuneração fixa por seus serviços. Esses serviços são exercidos com vistas a uma espécie de honra burocrática, que consiste em exercer sua função *sine ira et studio*<sup>10</sup> – a paixão e o envolvimento deveriam ser restritos ao homem político por vocação (WEBER, 1993). Mesmo aqui, contudo, vemos o caráter de tipo ideal do conceito; seria impossível existir uma dominação puramente burocrática – como já notamos, a liderança em si, assim como as chefias do quadro administrativo são formadas por políticos carismáticos ou tradicionais.

Como antítese e, de certo modo, predecessora desse tipo de organização, temos a dominação tradicional, seja na sua vertente patrimonial/patriarcal ou estamental. De uma forma ou de outra, ambas refletem a autoridade do passado eterno, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito enraizado nos homens de respeitá-los. (WEBER, 1993, p. 57)

A obediência ao senhor se deve à tradição, à fidelidade, mas somente até o ponto no qual o próprio senhor as segue. O vínculo de dominação entre ele, seus servidores e súditos, oscila entre a consideração estrita da tradição e um campo relativamente livre, “(...) conforme pontos de vista juridicamente informais e irracionais de equidade e justiça em cada caso particular, e ‘com consideração da pessoa’.

Todas as codificações e leis da dominação patrimonial respiram o espírito do chamado ‘Estado-providência’: predomina uma combinação de princípios ético-sociais e utilitário-sociais que rompe toda a rigidez jurídica formal” (WEBER *apud* COHN, 2008, p. 133).

O quadro maior administrativo, quando presente<sup>11</sup>, não é organizado ou opera sob bases racionais-legais. Como dito, pode ser compreendido mediante dois padrões distintos: o patrimonial e o estamental. No patrimonial, existe a preponderância unilateral

do senhor, inclusive no que tange à propriedade dos meios materiais de gestão. Os servidores devem sua posição exclusivamente ao seu relacionamento pessoal com ele. Desse modo, é um sistema altamente centralizado, sendo seu extremo o chamado sultanismo. Nesses termos, curiosamente, não deixa de evocar alguns elementos do esquema racional-legal.

Já no padrão estamental, são os servidores que detêm a posse dos meios materiais de gestão. É a “(...) forma de dominação em que determinados poderes de mando e as correspondentes oportunidades econômicas estão apropriados pelo quadro administrativo” (WEBER, 2009, p. 152). Mesmo devendo contínua e fundamental lealdade ao senhor suserano, do qual depende a legitimidade última de seu poder, permanecem relativamente autônomos, desde que não transgridam a tradição. Isso marca uma ampla descentralização, primeiro elemento a ser superado pelos senhores e seus auxiliares e funcionários no âmbito da “expropriação dos meios de gestão”, característica da formação do Estado moderno.

De uma forma ou de outra, o quadro administrativo é composto por servidores pessoais do senhor. Não existem estatutos ou normas que condicionam o comportamento ou as atribuições desses servidores – tudo se desenrola com vistas à honra e fidelidade devidas ao governante. Os princípios de competência fixa, hierarquia, remuneração etc, são, em grande parte, ignorados. Como disposto, só entrariam em pauta com a ascensão do Estado moderno *per se*.

## **Origens ibéricas do *jeitinho***

O desenvolvimento histórico do Brasil tem sido deveras complexo e multifacetado, o que não nos impede, porém, de traçar alguns padrões compatíveis com a perspectiva weberiana acima delineada. É nesse sentido que se torna essencial retomar também a história de Portugal, tendo em vista que as instituições e cultura primeiras do Brasil não podiam ter origem diferente – eis, inclusive, as já referidas raízes ibéricas.

Em primeiro lugar é essencial frisar algumas peculiaridades da formação estatal e nacional portuguesa, que dizem respeito justamente às premissas weberianas, notadamente as da dominação tradicional e seus dois tipos administrativos. No caso, a administração estamental nos remete diretamente ao sistema feudal da Europa Ocidental, calcado em relações de vassalagem, pessoalidade e homenagem (COMPARATO, 2003).

Assim, trata-se de um sistema de direitos recíprocos, dotado de certo equilíbrio de poderes, onde inexistia o poder absoluto de um senhor sobre seus vassallos ou servos – o abuso arbitrário de poder seria, inclusive, razão suficiente para a quebra das relações feudais. Essa, entretanto, não teria sido a forma de organização presente no contexto português (e, em seguida, brasileiro), muito mais próximo da noção patriarcal/patrimonial. É o que Comparato (2003) taxa de senhorio, isto é, uma estrutura calcada em relações diretas de dependência e dominação entre o senhor e seus subordinados. Do mesmo modo, segundo Weffort, “enquanto o feudalismo envolvia relações pessoais de tipo contratual entre senhor e vassallo, o regime senhorial vinculava os habitantes da terra aos senhores que garantiam ‘justiça’ aos que nela viviam” (WEFFORT, 2012, p.78).

A origem militar do reino português conferiu ao rei uma precoce (frente ao restante da Europa, ao menos) preponderância e soberania frente aos nobres e à Igreja, transformando-o no maior proprietário de terras e comerciante de escravos do país. A concentração de poderes nesses termos formou uma sociedade verticalizada, calcada em ordens vindas de cima, em sujeição e obediência cegas ao superior. Isso, por sua vez, levou à falta de coesão e solidariedade, à ausência de uma dimensão de reciprocidade horizontal nas bases da sociedade (COMPARATO, 2003).

Desde os primórdios da colonização, essas características foram transplantadas ao contexto brasileiro. Não apenas isso, mas no Brasil o regime senhorial teria tido desenvolvimento e penetração muito mais amplos, tendo em vista a total ausência de elementos feudais que ainda existiam em Portugal (ao menos *pro forma*, entre o rei e os principais nobres da terra). Essa realidade pode ser apreendida ao voltarmos os olhos para a distribuição das terras como doações a capitães hereditários (sesmarias) e seu gradual uso no âmbito de uma monocultura latifundiária escravocrata.

O clientelismo e o patrimonialismo aportaram a estas plagas nas caravelas lusas. Eram parte integral do Estado metropolitano. Aqui não sofreram qualquer desafio. Pelo contrário. A colonização foi empreendimento estatal, o rei se apossou das terras e as distribuía aos vassallos, assim como distribuía capitânias e delegava funções de governo” (CAMPANTE, 2003, p. 168).

Desse modo, visando promover a agricultura e o povoamento, o território da colônia passa a ser dividido entre vários senhores, dotados de poderes absolutos. Com a necessidade de relações de troca, proteção, assim como de laços de compadrio e amizade, logo formam-se efetivos clãs ao seu redor. Originalmente restrita às regiões litorâneas do Norte e Nordeste, essa estrutura passou, gradualmente, a se difundir pelo continente. Novas descobertas, cidades e divisões geopolíticas continuaram seguindo, em última instância, os padrões assim estabelecidos. É, inclusive, em função deles, de contínuos embates entre os senhores e o centro metropolitano que a colônia portuguesa se ampliou. Pará, Maranhão, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso e Goiás todos seguiram esse padrão. (QUEIROZ, 1969, p. 21).

Curiosamente, as clientelas que se formaram sob a égide dos grandes senhores, desde cedo, passaram a contar com funcionários enviados pela Coroa portuguesa. Nesse contexto, é essencial frisar a tensão entre o esforço centralizador da metrópole e a autonomia dos capitães hereditários. Afinal, trata-se de conflito de interesses entre senhores – de um lado, o rei, senhor de todos, com a expectativa de obediência absoluta dentro de todos os seus territórios; de outro, os senhores locais brasileiros, *a priori* subordinados ao rei, mas na prática quase que totalmente independentes, autônomos e autárquicos. Desse modo, começa a surgir um abismo entre as normas legais e a prática social.

[...] o governo e a sociedade no Brasil colonial estruturavam-se em torno de dois sistemas de organização interligados. Num nível, uma administração controlada e dirigida pela metrópole, caracterizada por normas burocráticas e relações impessoais, vinculava indivíduos e grupos às instituições políticas do governo formal. Em paralelo, havia, havia uma rede de relações primárias interpessoais, baseada em interesses, parentescos e objetivos comuns, a qual, embora não menos formal em certo sentido, não contava com reconhecimento oficial (SCHWARTZ, 2011, p. 68).

Mesmo com o aparente e oficioso comprometimento legal, a extensão de laços de casamento, compadrio, amizade e afins era notável, repercutiam numa fronteira bastante flexível entre a norma legal e a prática efetiva. A “corrupção” nesses termos pode ser explicada pela falta de efetiva influência dos grupos locais na produção legislativa. Ou seja, tratava-se da forma por eles encontrada de buscar seus interesses.

Naturalmente, essa não deixa de ser apenas a ponta do proverbial *iceberg*, tendo em vista inestimável importância das relações primárias e familiares no Brasil colonial, permeando tanto os referidos contextos administrativos, como o dia-a-dia da sociedade.

É chocante ver quão pouca subordinação à hierarquia é conhecida neste país: a França, no auge de sua revolução e estado de cidadania, jamais chegou a esse ponto, nesse aspecto. Aqui pode-se ver o criado branco conversando com seu senhor de igual para igual e, de forma amigável, discutir suas ordens, e tergiversar no cumprimento delas, se forem contrárias à sua opinião – o que é bem aceito pelo senhor, que frequentemente consente. O sistema não fica nisso, mas essa atitude se estende aos mulatos e até aos negros (...) (SCHWARTZ, pp. 118-119).

Curiosamente, esse tipo de relação parece ter se perpetuado ao longo do desenvolvimento histórico brasileiro, passando da Colônia ao Império e à República. Afinal, não se afasta, por exemplo, da lógica apontada por Carvalho (2011) ao descrever os “bilontras” cariocas em finais do século XIX. Frente à contínua desmoralização de normas legais e hierarquias, foi se construindo um mundo alternativo de relacionamentos e valores.

Mesmo que a autoridade o desejasse, seria impossível a aplicação estrita da lei. Daí que da parte do próprio poder e seus representantes desenvolveram-se táticas de convivência com a desordem, ou com uma ordem distinta da prevista. A lei era então desmoralizada de todos os lados, em todos os domínios. [...]. Havia consciência clara de que o real se escondia sob o formal. Neste caso, os que se guiavam pelas aparências do formal estavam fora da realidade, eram ingênuos. Só podiam ser objeto de ironia e gozação. [...] O povo sabia que o formal não era sério (CARVALHO, 2011, pp. 159-160)

Lógica semelhante reproduzida por Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*. Por influência portuguesa, segundo o autor, construiu-se no Brasil uma sociedade tradicional, patriarcal, com amplo predomínio da família rural. Sentimentos próprios às comunidades domésticas e familiares, às casas-grandes, sentimentos particularistas e antipolíticos, forneceram os moldes das estruturas sociais e políticas, condicionando assim as relações entre governantes e governados<sup>76</sup>. Ao mesmo tempo, dominaram

<sup>76</sup> Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas” (HOLANDA, 2008, p. 146).

também o incipiente (e em grande parte, ao menos até o século XIX, irrelevante) meio urbano, conquistando todos os ofícios e profissões (HOLANDA, 2008, pp. 82-88).

O principal e mais característico resultado da transposição das relações patriarcais e familiares às estruturas sociais, políticas e econômicas foi o “homem cordial”. Em oposição à polidez<sup>77</sup> característica de sociedades modernas e impessoais, a cordialidade implica uma aversão ao ritualismo social, um “viver nos outros”, uma fuga de si mesmo pela transposição das relações familiares e intimistas à sociedade como um todo (HOLANDA, 2008, pp. 147-148). O brasileiro, de fato, seria mestre em dispensar ritualismos – a reação à sociedade que integra não é de defesa, muito pelo contrário. Nesse sentido, “(...) é livre, pois, para se abandonar a todo o repertório de ideias, gestos e formas que encontre em seu caminho, assimilando-os frequentemente sem maiores dificuldades” (HOLANDA, 2008, p. 151).

O meio moderno, seja nos termos econômicos de um mercado capitalista, seja nos políticos, de um Estado democrático liberal, surge necessariamente mediante uma organização abstrata, impessoal, calcada em leis gerais, alcançável apenas mediante transposição do meio familiar e suas relações particulares, diretas, afetuosas, humanas. “Com efeito, onde quer que prospere e assente em bases muito sólidas a ideia de família – e principalmente onde predomina a família de tipo patriarcal – tende a ser precária e a lutar contra fortes restrições a formação e evolução da sociedade segundo conceitos atuais” (HOLANDA, 2008, p. 141-144).

## Cidadania

A cidadania, por origem etimológica, faz referência ao pertencer a uma cidade e, por conseguinte, a todos os direitos e deveres vinculados a esse pertencimento. No Ocidente, em termos históricos, essa ideia tem sido objeto de ponderação desde a Antiguidade Clássica. Afinal, as próprias ideias de democracia e política, intimamente

---

<sup>77</sup> Organização de defesa ante a sociedade, implicando na supremacia e soberania do indivíduo. “Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas sua sensibilidade e suas emoções” (HOLANDA, 2008, p. 147).

relacionadas à noção de cidadania, surgem no âmbito de uma “cidade” específica, a *polis* grega.

Os cidadãos, os membros efetivos da comunidade política helênica, tinham uma série de direitos (acesso aos tribunais e às assembleias, ou seja, direitos vinculados à prestação de justiça e à deliberação em termos legislativos), mas também obrigações (serviço militar, por exemplo). Naturalmente, a tenência e exercício desses direitos e deveres era, por si só, um direito atribuído apenas a uma parcela restrita da população, excluindo mulheres, escravos e estrangeiros.

De qualquer forma, por mais restritiva que fosse, a noção de cidadania nesses termos passou a servir de base para os desenvolvimentos posteriores, notadamente em Roma (onde é perceptível um movimento de diluição da efetividade política desses direitos, ao passo que foram universalizados pelo Édito de Caracala no ano de 212 d.c.) e nos burgos europeus medievais (cidades com forais concedidos por suseranos feudais, concedendo autonomia e direitos/liberdades econômicos – daí, inclusive, surge o próprio conceito de burguesia).

Desse modo, é possível asseverar o caráter histórico e multifacetado do desenvolvimento da cidadania ocidental, ao mesmo tempo que se admite a sua ligação intrínseca com a posse e exercício de uma gama de direitos. É justamente por ter esse caráter histórico que se mostra impossível afirmar apenas um ou outro direito como essencial à cidadania, ou que o desenvolvimento de um tipo de direito leva, necessária e obrigatoriamente, à posse de outros. Novamente, trata-se de algo contextual, pertinente a conjunturas históricas, culturais e geográficas por vezes muito diversas.

Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos. Mesmo dentro de cada Estado-nacional o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando ao longo dos últimos duzentos ou trezentos anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto de cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política de diferentes grupos (o voto da mulher, do analfabeto), quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos Estados aos que dela necessitam. (PINSKY; PINSKY, 2008 *apud* CAVALCANTE, 2011, pp. 4-5).

O desenvolvimento dos direitos segue, assim, as expectativas e necessidades sociais, refletindo não apenas um contexto histórico genérico, mas as relações de poder, ideologias, cultura, economia, preceitos morais e ponderações éticas da sociedade ou de seus grupos dominantes.

É nesses termos que se deve compreender a contribuição de uma das principais (e também mais criticadas) interpretações sobre a cidadania ocidental contemporânea, do sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall. Para ele, a cidadania seria integrada por três elementos interrelacionados: o cívico, político e social. No contexto inglês, esses elementos teriam se desenvolvido seguindo uma sequência lógica e cronológica, começando pelos direitos civis, passando aos políticos e, por fim, aos sociais.

Os direitos civis se referem às liberdades liberais clássicas como descritas ainda por John Locke. No contexto inglês podem ser vinculadas a reivindicações desde a Magna Carta, de 1215, até a Revolução Gloriosa, de 1688. Trata-se, assim, de garantias privadas, ligadas à vida, liberdade e propriedade, com todas as suas possíveis emanções no que diz respeito às garantias pessoais na atualidade (ir e vir, *habeas corpus*, liberdade de expressão, imprensa etc). Para que esses direitos se efetivem, seria necessário um poder judiciário autônomo, independente, e imparcial, com vistas à resolução de conflitos entre indivíduos e entre estes e o Estado, de maneira eficiente e transparente, nos termos da legalidade vigente. Na Inglaterra, ter-se-iam consolidado justamente com a Revolução Gloriosa e o *Bill of Rights* de 1689.

Os direitos políticos, por sua vez, implicam na influência direta ou indireta do cidadão nas decisões governamentais e estatais. Trata-se, assim, de participação política, desde o século XIX vinculada à liberdade eleitoral, ou seja, votar e ser votado. Desse modo, para que se efetivem, seria necessária a existência de um sistema representativo funcional, calcado no sufrágio universal. Novamente, na Inglaterra, esse teria se desenvolvido já desde o referido século XVII, mas alcançaria o sufrágio universal apenas em 1928.

Na sequência, segundo Marshall (1963, p. 63-64, *apud* ARAÚJO, 2013, p.5), “o elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

O desenvolvimento dos direitos sociais na Inglaterra teria sido mais tortuoso, tendo eles praticamente desaparecido entre os séculos XVIII e XIX<sup>14</sup>. “Começaram a ressurgir com o desenvolvimento da educação primária pública, quando se começou a compreender que a educação fundamental é um pré-requisito para o efetivo exercício das liberdades civis (MARSHALL, 1963, p. 73, *apud* ARAÚJO, 2013, p.19). Em termos práticos, novamente na Inglaterra, só teriam se concretizado ao longo do século XX, mediante a intervenção direta da administração estatal, notadamente do poder executivo.

Antes de prosseguir a uma análise mais pormenorizada dos direitos sociais e seu desenvolvimento no Brasil, objeto do presente artigo, é essencial fazer duas observações. Em primeiro lugar, o desenvolvimento da sequência de direitos nos termos postos segue, de perto, a formação do Estado-nacional moderno ou, em outras palavras, do Estado democrático de direito (que continua sendo o principal ator político detentor da soberania a níveis nacional internacional nos dias de hoje). Assim, a construção específica desse Estado, em cada contexto, vai trazer repercussões diretas à consagração e funcionamento dos respectivos direitos – assim como à sua ordem de desenvolvimento em si.

Desse modo, e em segundo lugar, o desenvolvimento da cidadania inglesa, como brevemente descrito acima, não deve ser interpretado como um manual de ação passível de ser repetido e imitado a qualquer custo, ou contra o qual se deve fazer comparações sobre o desenvolvimento, modernidade ou civilização de tal ou qual país. Trata-se, mais, de uma descrição específica dos caminhos tomados no âmbito do desenvolvimento do Estado britânico desde o século XVII, vinculado a certos tipos de comportamento social e certos direitos. Desse modo, trata-se de contribuição que nos permite comparar, contextualizar e explicar os caminhos que a cidadania tomou e pode tomar em diversos e diferentes lugares.

## **Direitos Sociais em perspectiva**

Em termos gerais, no âmbito de uma cidadania vinculada à ideia de Estado democrático de direito, “os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: O direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer

a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais” (PINSKY, 1983, p.9, *apud* CAVALCANTE, 2011, p. 6)

Em outras palavras, trata-se também dos direitos fundamentais de “segunda geração”, vinculados a um papel diferenciado do Estado, se comparados com os direitos de “primeira geração”. As garantias desses últimos são vistas, com frequência, em relação íntima com um Estado de tipo liberal com intervenção mínima na vida coletiva. Ou seja, os direitos civis e, em parte, políticos, estariam garantidos justamente graças a um papel negativo por parte do aparato estatal, por sua prática ausência das relações sociais privadas<sup>78</sup>.

Por sua vez, “a observância dos direitos sociais é, incontestavelmente, mais complexa do que a dos demais direitos, já que exigem, para sua realização, não só um *facere* do Estado, mas também a reversão de determinados paradigmas sociais com o propósito de atingir-se a justiça social” (ARAÚJO, 2013, p.7, nota). Ou seja, a efetivação dos direitos sociais está diretamente vinculada a um papel ativo e interventor do Estado, potencialmente muito distante do ideal liberal do parágrafo anterior.

Conforme disposto acima, é possível constatar que, de fato, na ausência de uma intervenção estatal nesses termos, principalmente em contextos de imensa desigualdade estrutural como o brasileiro, os direitos civis e políticos não teriam condições de se efetivar na prática, uma vez que necessitam de um mínimo de condições sociais, econômicas e culturais para funcionarem. Afinal, já aferimos o papel da educação no contexto inglês justamente nesses termos.

É nesse sentido que Dinaura Godinho Pimentel Gomes (2005, p. 41) afirma que os direitos sociais constituem a “condição de existência do paradigma de Estado Democrático de Direito, instituído com a Carta de 1988”. [...] Se, no contexto da Constituição do Brasil, os direitos sociais parecem adquirir a dimensão de um “sobrevivor”, isso ocorre pelo histórico de subdesenvolvimento de nosso país que, como é de conhecimento geral, apresenta um nível alarmante de desigualdade social. Nossa condição histórica, portanto, acaba por insuflar o inconsciente social a atribuir uma maior proeminência a esses direitos. (ARAÚJO, 2013, p. 8)

<sup>78</sup> O que por si só não deixa de transparecer uma certa falácia teórica, uma vez que mesmo um Estado liberal se mostra interventor, na medida em que é obrigado a regular os limites das relações privadas e responder, de modo legal e representativo, às vontades da população.

Esse subdesenvolvimento em termos socio-econômicos e a proeminência dos direitos sociais na visão da sociedade brasileira estão, assim, diretamente vinculados ao nosso desenvolvimento histórico, à construção do Estado nacional brasileiro desde o período colonial.

No que tange à nossa história, apresentamos, segundo Carvalho (2014, p. 17) pelo menos duas peculiaridades quando comparados ao modelo inglês descrito por Marshall. “A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós, o social precedeu os outros”. De fato, em termos de abrangência e eficácia, os direitos sociais teriam vindo ao longo da década de 1930, com Getúlio Vargas, enquanto os civis e políticos, por mais que consagrados em Cartas Constitucionais desde 1824 até 1988, ainda continuam claudicantes.

Conforme relata Carvalho (2013), a pirâmide dos direitos, no Brasil, foi posta de cabeça para baixo. A sequência inglesa, a princípio, reforçou a relação entre preceitos liberais e democráticos, permitindo a formação e solidificação do referido Estado democrático de direito. Os direitos sociais, assim, surgiram como uma consequência desse sistema representativo, e não, como no Brasil, como uma forma de legitimar um regime autoritário. Antes, contudo, de entrar no contexto varguista mostra-se interessante relatar as razões históricas que nos legaram essa sequência distinta da inglesa.

O Brasil tem reproduzido fórmulas políticas paternalistas desde o período colonial. Herdado de Portugal, o sistema senhorial aqui implementado nunca permitiu o funcionamento de relações recíprocas no que tange aos direitos de cidadania. Esse relacionamento recíproco, de garantias entre as partes, era típico do sistema feudal. No caso, firmavam-se relações entre senhor feudal, seus vassallos e os respectivos servos, de modo a não estabelecer laços exclusivamente verticais, mas mantendo certa horizontalidade, principalmente no que diz respeito à tenência reconhecida de certos direitos e garantias por cada uma das partes.

Não era o que acontecia em Portugal e, por conseguinte, no Brasil, onde as relações de senhorio eram estritamente verticais, calcadas no domínio e arbítrio de um

senhor (seja de engenho, seja o próprio rei português). Nesse sistema, não havia garantia e posse de direitos por parte dos particulares, mas apenas seu reconhecimento enquanto o senhor permitia. Enquanto na Inglaterra, as relações formais permitiram, gradualmente, a defesa de direitos naturais pertinentes ao ser humano, defensáveis frente ao Estado, que apenas os tutelava, no Brasil esses direitos eram objetos de concessão arbitrária por parte desse mesmo Estado, que os concedia com vistas a uma lógica tradicional, familiar, de fidelidade. Essa lógica se perpetuou ao longo do período colonial, no âmbito da monocultura da cana de açúcar, passou incólumne pelo período imperial, inclusive reforçada pela figura do Imperador, chegando à década de 1930 vinculada à política do café com leite.

Desse modo, mesmo existindo desde a Constituição de 1824 (que contava com uma carta de direitos e um sistema eleitoral representativo, por mais exclusivo que fosse), os direitos civis e políticos não tinham, entre nós, substância para serem exercidos. Não eram algo “natural”, pertencente à população livre, a ser reivindicado e protegido frente ao Estado.

Eram benesses seletivas conferidas a alguns membros da população apenas. Desse modo, de fato, os primeiros direitos estendidos à massa da população, e que puderam ser factualmente usufruídos por ela, foram os sociais, no âmbito do período varguista. Essa longa tradição de origem portuguesa é reforçada, ainda hoje, pela preponderância do poder executivo em nosso meio. Conforme coloca Carvalho:

Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um Executivo forte está sempre presente [...]. O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação (CARVALHO, 2013, p. 221).

É isso que o autor chama de estadania, uma relação de dependência direta do Estado, que não é visto como objeto a ser influenciado e cobrado em termos representativos, mas o principal e único sujeito da realidade sócio-política brasileira, ao

qual é necessário se vincular de modo direto e familiar, na expectativa de benesses. Isso porque, “além da cultura política estatista, ou governista, a inversão favoreceu também uma visão corporativista dos interesses coletivos. Não se pode dizer que a culpa foi toda do Estado Novo. O grande êxito de Vargas indica que sua política atingiu um ponto sensível da cultura nacional. A distribuição dos benefícios sociais por cooptação sucessiva de categorias de trabalhadores para dentro do sindicalismo corporativo achou terreno fértil em que se enraizar. Os benefícios sociais não eram tratados como direitos de todos, mas como fruto da negociação de cada categoria com o governo. A sociedade passou a se organizar para garantir os direitos e os privilégios distribuídos pelo Estado. A força do corporativismo manifestou-se mesmo durante a Constituinte de 1988. Cada grupo procurou defender e aumentar seus privilégios (CARVALHO, 2013, pp. 222-223)

É curioso notar que essa lógica não universal de aquisição de direitos sob regimes políticos autoritários, focando apenas partes da sociedade, setores específicos da classe trabalhadora, aconteceu também em diversos países do sul e leste da Europa. Aqui, os direitos sociais foram distribuídos em “[...] meio a um jogo de alianças, cooptações e reconhecimento de novos atores, sem nenhum conteúdo universalista. No espectro dos países europeus, os casos mais próximos do modelo inglês encontram-se em alguns países escandinavos” (SOUKI, 2006, pp. 41-42).

Ou seja, os direitos sociais têm um status bastante peculiar no âmbito do desenvolvimento da cidadania em geral, e no contexto brasileiro em particular. De um lado, alguns desses direitos, como a educação, são essenciais para conferir substância aos direitos anteriores, civis e políticos. Entretanto, podem ser facilmente introduzidos e utilizados em estruturas não-democráticas de tipo tradicional, possibilitando sua legitimação e perpetuação por meio da distribuição arbitrária e seletiva de benesses. Isso, em vez de auxiliar e aprofundar o desenvolvimento de uma cidadania democrática, apenas impede o livre e efetivo exercício dos outros direitos.

## Referências:

ADAMEC, Martin. **A formação da identidade nacional brasileira: um projeto ressentido.** Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

ANDRADE, D.M.; CASTRO, C.L.C.; PEREIRA, J.R. “Cidadania ou ‘estadania’ na gestão pública brasileira?” Rap — Rio de Janeiro 46(1):177-90, jan./fev. 2012

ARAÚJO, Mayara de Carvalho. “Do judiciário que temos ao judiciário que queremos: o grande desafio da cidadania no Brasil.” In: CONPEDI; UNICURITIBA. (Org.). **Acesso à justiça I**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 7-29.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005. 5.ed.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O Patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira. In: **Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol 46, nº 1, 2003.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. “Cidadania e Acesso à Justiça” Portal E-gov, 2011. Disponível em:  
<http://www.jfpr.gov.br/arquivos/office/a48d9d36b2601c7c856951037a224311.pdf>

COMPARATO, Fábio. “Obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil.” **ESTUDOS AVANÇADOS** 17 (47), 2003.

DAMATTA, Roberto. **A Casa & A Rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

\_\_\_\_\_. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. 51. ed. São Paulo: Global, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KELLEMEN, Peter. **Brasil para principiantes**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1964.

RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **Os caminhos da identidade nacional brasileira**: a perspectiva do etnosimbolismo. 2013. 260 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUKI, Léa Guimarães. “A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil”. **Civitas** – Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2006.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

WEFFORT, Francisco. **Espada, cobiça e fé: as origens do Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

---

CONTRIBUIÇÕES LOCKIANAS NA FORMAÇÃO DAS LIBERDADES CIVIS<sup>79</sup>

Rafael Eron da Silva Soares

---

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB

Miguel Ivân Mendonça Carneiro

---

244

Mestre em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Ciência da Família pela Universidade Católica de Salvador (UCSal), diplomado no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (CAEPE/ESG); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

**Resumo**

O presente trabalho objetivou pesquisar as concepções de estado de natureza, estado social e propriedade em John Locke e sua contribuição para o sentido da liberdade civil e construção do ideário da paz (bem comum). Procurou demonstrar sua crítica ao Estado absolutista e atribuí-la ao governo à função de juiz imparcial a fim de apenas preservar as leis naturais. No estado da natureza do homem está presente a vida, a igualdade a liberdade e, ainda a propriedade.

**Palavras-chaves:** Locke. Direito natural. Liberdade Civil. Filosofia Política. Governo. Direito.

**Considerações iniciais**

O tratamento intelectual lockeano sobre liberdade civil e os direitos fundamentais situa-se na superação dos governos teocráticos pelos pautados no *pacta sunt servanda*, dando origem ao chamado Estado moderno. Advindo de uma longa tradição do direito divino, o sentido de liberdade repousava significativamente na dimensão metafísica, segundo a qual o problema ôntico residia em libertar o *ser* do *materialismo* e alçá-lo ao *idealismo*, relegando ao segundo plano as exigências materiais e públicas. Um dos principais teóricos dessa cisão entre metafísico e físico foi o pensador inglês John Locke (1632-1704).

---

<sup>79</sup> Adaptação da monografia de graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (IESB) apresentada em 2016/2.

Locke distinguiu o estado de natureza do estado social, destacando que para viver em *locus civis* o homem abdica (parcialmente) da sua liberdade natural para só assim exercer sua liberdade civil, que seria a liberdade atribuída ao homem em sociedade, onde vive sob a égide de um poder comum racional e não mais obedientes ao princípio da *vontade* do governante absolutista.

## Liberdades civis e o princípio da *propriedade*

245

A liberdade civil é necessária, segundo a ótica lockiana, para que se mantenha a ordem política e a preservação dos direitos naturais do homem. Segundo Locke, era necessário “abandonar” a liberdade natural para que se houvesse êxito na preservação do direito natural, ou seja, adere-se a condição social do homem com a finalidade de preservação do seu estado natural.

A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão aquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob domínio de qualquer vontade ou sob restrições de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo o encargo a este confiado. A liberdade, portanto, não corresponde ao que nos dias sir. R. F., ou seja, uma liberdade para cada um fazer o que lhe aprouver, viver com o que lhe agrada e não estar submetido a lei alguma. Mas a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade se seguir a própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem. Assim com a liberdade de natureza consiste em não estar sujeito a restrições alguma senão da lei natural. (LOCKE, 1994, p. 401)

Desta forma, entende-se que a liberdade civil é aquela que o homem se ocupa com a proclamação do poder político e que não há limitações, apenas aquelas legisladas pelo poder político vigente e pactuado pelo homem através do *contrato* livremente firmado entre o homem natural e o corpo político.

Em suma, o sentido da liberdade civil de Locke, consiste no homem não ser dominado pela vontade inconstante e injusta de outrem e que só será conquistada sob a égide da lei.

Pois a lei, em sua verdadeira concepção, não é tanto uma limitação quanto a direção de um agente livre e inteligente rumo a seu interesse adequado, e não prescreve além daquilo que é para o bem de todos quantos lhe estão sujeitos. Se estes pudessem ser mais felizes sem ela, a lei desapareceria por si mesma

como coisa inútil (...) lei não é abolir ou restringir, mas conservar e ampliar a liberdade, pois, em todos os estados de seres criados capazes de leis, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em estar livre de restrições e de violência por parte de outros, o que não pode existir onde não existe lei. Mas não é, como já nos foi dito, liberdade para que cada um faça o que bem quiser (pois quem poderia ser livre quando o capricho de qualquer outro homem pode dominá-lo?), mas uma liberdade para dispor e ordenar como quiser a própria pessoa, ações, posses e toda a sua propriedade, dentro dos limites das leis às quais se está submetido; e, portanto, não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem, mas seguir livremente a sua própria. (LOCKE, 1994, p. 433)

John Locke não atribuiu à lei o sentido restritivo e sim a função preservadora da liberdade. Nesse sentido, a liberdade civil deve ser protegida pelo poder político, uma vez que protegendo a liberdade civil estaria o direito natural resguardado e a paz estabelecida no espaço comum. Na teoria lockiana estão presentes a necessidade da queda da monarquia absolutista e a abominação do poder pelo poder, uma vez que o Estado não deve mais deter um poder ilimitado, mas se constituir em um corpo político voltado à manutenção da liberdade natural do homem. Há uma mudança proposta pelo filósofo no conceito de soberania e de função política, pois o homem não está mais submetido aos privilégios do Estado, mas sim é o objeto na qual o Estado deve preservar e quando essa função não está devidamente exercida pelo poder público terá o cidadão o direito de resistir. Portanto, a liberdade civil está conectada ao conceito de não dominação do homem, pois no exercício da liberdade civil, preservada pelo Estado, é que se encontrarão os fundamentos do direito individual como primazia do induto do bom convívio coletivo.

O governo civil de Locke se apresenta enquanto complemento do *juízo natural* do estado de natureza e a liberdade civil é aquela liberdade exercida que garante ao homem, na sua condição pós-política, a preservação de um bem-comum social. Liberdade civil tem como objetivo principal a preservação da *propriedade* (material *i.ou* imaterial) ante o julgador natural, segundo o qual não haveria regras públicas.

O *direito do homem* liga-se aos direitos inatos (*propriedade*), razão pela qual, para John Locke, tem o indivíduo como personagem principal do corpo político como mantenedor da liberdade, a igualdade e a racionalidade, as quais são matérias-primas para o engenho jurídico-político sob a linha tênue entre obediência civil e direitos inatos. Em seu livro *Segundo Tratado do Governo Civil* Locke apresenta as condições da desobediência civil quando o Estado não cumpre com a preservação da *propriedade*.

O fruto ou a caça que alimenta o índio selvagem, que desconhece o que seja um lote e é ainda possuidor em comum, deve ser ele, e de tal modo dele, ou seja, parte dele, que outro não tenha direito alguns a tais alimentos, para que lhe possa ser de qualquer utilidade no sustenta de sua vida. (LOCKE, 2005, p. 26)

Locke não deixa dúvidas que a troca de excessivos, o uso do dinheiro e até mesmo a desigualdade de bens surgiram no estado de natureza, mas é na sociedade civil que está o poder de preservação da propriedade.

Portanto, no princípio, o mundo inteiro era a América, ainda mais que hoje, pois nada semelhante ao dinheiro era conhecido em parte alguma. Descubra-se qualquer coisa que tenha o uso e o valor do dinheiro entre os vizinhos e ver-se-á que o mesmo homem começar[a logo a ampliar suas posses (LOCKE, 2005, p. 49)

A teoria lockiana da liberdade civil é aquela exercida no homem político, que abre mão de sua liberdade inata e se entregar a um governo instituído cuja tarefa é preservar o direito natural, finalidade do Estado que não tem poder de dispor dos direitos fundamentais do homem, mas apenas preservá-los.

Os direitos fundamentais estão em exercício enquanto o homem encontra-se no estado político, ou seja, os direitos fundamentais são exercidos na liberdade civil. É importante enfatizar que necessariamente um não subsiste com o outro.

Quando o Estado age de forma a inibir ou ofender os direitos fundamentais do homem o legitima a desobedecer-lhe. Eis o novo fundamento da sociedade civil moderna democráticas de direito. No Direito Constitucional, o conteúdo expandiu-se em tratar não somente na formação e organização do Estado.

Há vários fatores que contribuíram para a formação da ideia de direitos fundamentais e sua teoria é encontrada no sentido da liberdade civil. Porém, não significa dizer que na condição da liberdade natural esses direitos fundamentais já não eram existentes, mas é no sentido da liberdade civil que se encontra a teoria fundamental para afirmação a necessidade da *atuação* do Estado na preservação desses direitos agora assegurados constitucionalmente.

Segundo Canotilho (2003, p. 393), a tese tridimensional define o direito fundamental em três gerações, onde a primeira é a *proteção* do indivíduo, a segunda seria a *preocupação* com os direitos sociais e a terceira seria a *garantia* dos direitos coletivos. Norberto Bobbio afirmou que a primeira geração tem a base na liberdade, a liberdade

exercitada no homem civil, ou seja, a liberdade civil dá o homem a titularidade perante o Estado de constituir direitos que são oponíveis ao Estado. Apesar dessas classificações, todos aqueles chamados de direitos fundamentais têm influências recíprocas e fazem parte da mesma ideia fática dinâmica e afirmam a concretização dos princípios preconizados pelo direito constitucional.

Em John Locke o direito natural assegura ao homem igualdade e liberdade, sendo-os inalienáveis. Desta forma, o limite do Estado estava exatamente na proteção e garantia desses direitos fundamentais:

No estado natural reina uma lei natural que compromete a todos. E a razão, que corresponde a esta lei, ensina a humanidade que ninguém deve causar danos ao outro [...] a sua vida, nem as suas posses, sua saúde e liberdade. (EUCHNER, 1995, P. 203)

## Considerações finais

O percurso intelectual do século XVII acerca das abordagens filosóficas, políticas e jurídicas possibilitaram a criação de novos *direitos* públicos e privados com bases empíricas, a exemplo do ator Estado passar a assinar o *contrato* e o avanço da ideia de homem público, respectivamente. É nesse contexto que se apresenta a revisão de tese sobre os fundamentos do direito natural elaborada por John Locke.

Se o humano é uma realidade *dada* sua existência é anterior ao Estado e seus aparatos legais; sua liberdade e ação públicas não poderiam originar da concessão do governante; preservação e manutenção da vida é um compromisso – originalmente – do sujeito consigo mesmo e não objeto derivado de lei pois constituem a *natureza* do homem, origem, meio e fim de sua existência material e imaterial, nominada de *propriedade* por John Locke.

Estão postas as condições para o século XVIII alçar o homem ao centro da Filosofia, da Política e do Direito, reconfigurando o espaço público enquanto *locus* de liberdade inerente ao sujeito, agora cidadão.

## Referências

AGAMBEN, Giurge. **Home Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HOBBS, Thomas. **De cive**. Petropolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiásticos e Civil**. 2. ed. São Paulo: Icone, 2000.

LOCKE. John **Dois Tratados sobre o Governo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Segundo Tratado sobre o Governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

RÖD, Wolfgang. **O Caminho da Filosofia – Dos Primórdios até o século XX**. 2. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

i Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/09/4c715b2994da3187c127bd1b10011f07.swf>

ii Disponível em: <http://www.tst.jus.br/situacao-atual>

iii Em 2015, dos 206.954 novos recursos, 168.083 foram agravos de instrumento e os demais foram agravos combinados com recursos de revista, recursos ordinários e recursos de revista, estes na quantidade de 30.964.

iv Dado (letra g) proveniente de pesquisa realizada pelo Ministro Cláudio Brandão, do TST.

v Dworkin observa que “os juristas levam décadas discutindo esse assunto (se os precedentes criam a norma ou declaram a norma preexistente), não porque ignorem quais são as decisões que tomam os juízes ou as razões que dão, senão porque não se sentem esclarecidos acerca do que significa realmente o conceito de seguir as normas. Nos casos fáceis (por exemplo, quando se acusa um homem de violar uma disposição que proíbe exceder um limite de velocidade), parece correto dizer que o juiz se limita a aplicar uma regra anterior a um caso concreto. Porém, podemos dizer o mesmo quando a Suprema Corte desatende os precedentes e ordena a desagregação nas escolas dos Estados Unidos ou declara ilegais procedimentos usados pela polícia e tolerados pelos tribunais há décadas? Em casos tão chamativos, a Corte dá razões, não cita leis, apenas apela a princípios políticos e de justiça” (DWORKIN, 2002, 47).

<sup>vi</sup> Em texto que serviu à sua dissertação de Mestrado, Augusto César de Carvalho Leal, citando Alfred Simpson, Thomas de Rosa de Bustamante, Arthur Hogue e outros, observa que até o século XIX o sistema *common law* não adotava a doutrina do *stare decisis*, pois não se havia consolidado o uso de os juízes, ao decidirem, recorrerem a sentenças anteriores, inclusive em razão de as decisões serem manuscritas e sequer poderem ser distribuídas amplamente até o advento da imprensa no fim do século XV (LEAL, 2013).

<sup>vii</sup> Art. 896, §13 da CLT – “Dada a relevância da matéria, por iniciativa de um dos membros da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela maioria dos integrantes da Seção, o julgamento a que se refere o § 3º poderá ser afeto ao Tribunal Pleno”.

<sup>viii</sup> É o que se extrai, igualmente, do art. 21, II do Ato n. 491/SEGJUD.GP, de 23 de setembro de 2014, Ato da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>ix</sup> Marinoni, Arenhart e Mitidiero enumeram, como pressupostos ou requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal: o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade para recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Como requisitos extrínsecos, relacionados ao poder de recorrer, os autores citam a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer e o preparo.

<sup>x</sup> Embora o autor Nelson Nery Junior afirme adotar o critério de Barbosa Moreira, que dá aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos os significados referidos na nota anterior (Marinoni *et alii*), prefere ele definir os pressupostos intrínsecos como “aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesmo considerada” e os pressupostos extrínsecos como os que “respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar”. Alexandre Simões Lindoso, em capítulo reservado a essa distinção, traz comparativo interessante sobre o modo como vários renomados processualistas se referem aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos (LINDOSO, 2010, p. 132).