

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CARLA BARUSSO MEDAGLIA HAESBAERT

**ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS DECORRENTES
DAS NORMAS ISO**

CURITIBA

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CARLA BARUSSO MEDAGLIA HAESBAERT

**O ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS DECORRENTES
DAS NORMAS ISO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLA BARUSSO MEDAGLIA HAESBAERT

O ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS DECORRENTES DAS NORMAS ISO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

CARLYLE POPP

Curitiba, de de 2008.

Tudo é ousado para quem a nada se atreve.

Fernando Pessoa

Júnior, Frederico e Leonardo
Viver seria insignificante sem que vocês existissem.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois, com Albert Einstein, o universo é inexplicável sem sua presença.

A meus pais, Adir e Alda, que me ensinaram que perseverança não é sinônimo de teimosia, mas que precisamos perseverar sempre.

A meu marido, Luiz Carlos Júnior, pela companhia constante, por ouvir as queixas e fazer do seu silêncio o sentido da compreensão.

A meus irmãos, Katia e Alexandre, para quem me faltam palavras para descrever a necessidade de sua presença em minha vida.

A meus sogros sempre dispostos a ajudar.

A Eunice Scheer por ter plantando a semente.

Ao meu orientador, Professor Francisco Cardozo Oliveira, que com sua orientação, conselhos, amizade e apoio incondicional puderam tornar realidade parte dos sonhos da minha vida.

Aos meus “Amigos” – e eles sabem quem são – pelas horas de descontração, alegrias, jantares, viagens e boas risadas.

Aos Aspromonte pela acolhida e as experiências proporcionadas.

Aos sócios da Gaia, Silva, Rolim & Associados – Henrique Gaede, Nereu Domingues, Flávio Prado, Antonio Pacheco Júnior e equipe – pela confiança, compreensão e colaboração.

A minha equipe – Thayna, Camila, Vitória, Letícia, Rodrigo, Eliane, Mariana, Michelle, Débora, Andréia e Tiago – por contornarem minhas ausências e suportarem minhas exigências.

Aos meus colegas de mestrado, pela ajuda, colaboração, companheirismo, risadas, alegrias, tristezas, ou seja, por simplesmente existirem e terem feito parte de minha vida.

A Professora Gisela Bester por sua dedicação incondicional.

RESUMO

O Direito Empresarial tem como premissas e características de atuação de seus agentes aquelas que orientavam as relações entre mercadores originadas ainda quando do sistema de trocas havido no comércio durante a Antiguidade. Tais premissas centradas no cosmopolitismo, informalidade e agilidade das operações, faz com que o Direito Empresarial se pautar pelos usos e costumes que regulamentam e regem o ambiente empresarial e o mercado. Muitos desses usos e costumes conferem às operações do mercado a segurança e certeza que os empresários necessitam para realizar suas operações e integram a relação jurídica que delas decorre como verdadeiras obrigações empresariais. A evolução tecnológica pela qual passou a humanidade, notadamente, no período pós-guerra, alterou as condições de mercado. Essas alterações podem ser espelhadas no fenômeno da globalização e na utilização de requisitos técnicos pelos agentes de mercado. Tais requisitos técnicos com o passar dos anos se constituíram como entraves para a concretização de várias operações no mercado e obstam a livre circulação de mercadorias, que se constitui no principal objetivo buscado pelos negócios empresariais. Para suplantar esses entraves os Estados discutiram, no âmbito Organização Mundial do Comércio, a queda das barreiras técnicas ao livre comércio, com a inserção de um critério unificador. O critério eleito foi o sistema de normas ISO, já utilizado pelo mercado. Assim, um uso e costume empresarial, difundido mundialmente, qual seja a inserção do sistema de normas ISO como obrigação empresarial, passou a integrar acordos internacionais e foi legitimada pelos países signatários de tais acordos. Entretanto, a inserção desse sistema de normas importa na assunção de diversas obrigações pelos empresários que tenham por objetivo aumentar seu âmbito de atuação. Assim, a obrigação dessa natureza se insere no bojo da relação empresarial e, como tal, pode ser causa ao descumprimento de obrigações por parte dos empresários.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial. Usos e costumes empresariais. Obrigações empresariais. Normas ISO.

ESTRATTO

Lo Diritto di Impresa ha come i premesse e caratteristiche della attuazione dei suoi agenti quelli che hanno guidato i rapporti fra i mercatori originario ancora dello sistema degli scambi ha avuto nel commercio durante l'antichità. Tali premesse hanno concentrato nel cosmopolitismo, nella informalità e nell'agilità dei funzionamenti delle operazioni, fanno con quella lo Diritto di Impresa se regolarizzasse per gli usi e le abitudini che regolano e conducono l'ambiente di impresa ed il mercato. Molte di questi usi ed abitudini conferiscono i funzionamenti del mercato la sicurezza e la certezza che gli imprenditori devono realizzare i relativi funzionamenti ed integrano il rapporto legale che di loro periodi come veri obblighi di impresa. Lo sviluppo tecnologico per cui ha passato l'umanità, principalmente, nel periodo dopo le guerre, ha modificato le condizioni di mercato. Queste alterazioni possono essere specchiate nel fenomeno della globalizzazione e nell'uso degli requisiti tecnico per gli agenti del mercato. Tagli requisiti tecnico con il passaggio degli anni se avuto costituito come impedimenti per le realizzazioni di alcune operazioni nel mercato ed ostacola la libera circolazione di beni, quello se costituisce nell'obiettivo principale cercato i negozi di impresa. Per soppiantare questi impedimenti che le condizioni avevano discusso, gli Stati, nell'Organizzazione Mondiale del Commercio, la caduta delle barriere tecniche al commercio libero, con l'inserimento di un test di verifica di unificazione. Il test di verifica di unificazione era il sistema di norme ISO, già usato per il mercato. Quindi, un uso e un'abitudine di impresa, diffusione fuori universalmente, che sono l'inserimento del sistema di norme ISO come obbligo di impresa, hanno cominciato integrare gli accordi internazionali e sono stati legittimati per i paesi firmatori di tali accordi. Tuttavia, l'inserimento di questo sistema delle norme importa nell'installazione degli obblighi vari per gli imprenditori che hanno affinché l'obiettivo aumentare la relativa portata della prestazione. Quindi, l'obbligo di questa natura se gli inseriti nel rigonfiamento di rapporto e di impresa, come tale, possono essere causa al inadempimento degli da parte degli imprenditori.

CHIAVE: Diritto Impresariale. *Usi ed abitudini* impresariale. *Obblighi* impresariale. Norme ISO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - A MUDANÇA DE PARADIGMA NA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA	12
1.1 O PRESSUPOSTO DA AUTO-REGULAÇÃO	12
1.2 MODELO ECONÔMICO CONSTITUCIONAL E INTERVENÇÃO NA ECONOMIA	20
1.3 PROPRIEDADE E CONTRATO	25
1.4 AUTO-REGULAÇÃO NORMATIVA DO MERCADO	30
CAPÍTULO II – O SISTEMA DE NORMAS ISO COMO MECANISMO “NORMATIVO” UTILIZADO PELO MERCADO	38
2.1 O SISTEMA DE NORMAS ISO	38
2.2 OS ORGANISMOS MULTILATERAIS INTERNACIONAIS E A DISSEMINAÇÃO DO SISTEMA DE NORMAS ISO	50
2.3 CERTIFICAÇÃO ISO: OBTENÇÃO E MANUTENÇÃO	59
CAPÍTULO III – REFLEXOS DA AUTO-REGULAÇÃO NORMATIVA NA ESTRUTURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	68
3.1 AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO NO MERCADO	68
3.2 O MODELO PÚBLICO DO CONTRATO EMPRESARIAL E AS NORMAS ISO	77
3.3 A NATUREZA DO DESEQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES DO CONTRATO EMPRESARIAL	87
CAPÍTULO IV – CONSEQÜÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DA CLÁUSULA ISO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	96
4.1 A CERTIFICAÇÃO ISO COMO CONTEÚDO DA PRESTAÇÃO DEBITÓRIA	96
4.2 EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO PELO SISTEMA ISO	107
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

Com a unificação das obrigações empresariais e civis sob um mesmo Código, pretensão buscada e defendida por muitos juristas ainda no século XX, no que inclui Vivante, pode-se acarretar o entendimento de que a interpretação das obrigações surgidas no âmbito das relações empresariais deve ser tratada da mesma forma que as obrigações civis.

Entretanto, tal reflexão foge a condições especiais que cercam as obrigações empresariais e que por certo afetam sua interpretação, notadamente no que diz respeito à integração do Livro I – Do Direito das Obrigações com o Livro II – Do Direito de Empresa ambos da Parte Especial do Código Civil brasileiro.

Observando sempre e incondicionalmente o diferencial existente entre as obrigações de direito civil e as obrigações de direito empresarial pretende-se verificar o alcance das obrigações empresariais decorrentes das normas ISO.

O primeiro capítulo do estudo que ora se introduz tem por objeto a análise do alcance das obrigações empresariais e prescinde da verificação de como o mercado se articulava e se regulava ainda no período das trocas, antes da inserção e uso da moeda, para constatar como, pela evolução da sociedade, tal regulação passa a ocorrer, principalmente em decorrência das Revoluções Francesa e Industrial e a atuação do Estado após esses movimentos.

É cediço que o mercado dispõe de vários usos e costumes que regulamentam o exercício da atividade econômica. Espera-se observar que usos e costumes que são utilizados pelo mercado como forma de selecionar os *partners* que podem ser mais eficientes na produção de bens e fornecimento de serviços.

Busca-se analisar se o mercado se utiliza do Estado para promover a sua própria intervenção ou regulação, e, ainda, observar se os meios e mecanismos de que o Estado dispõe para realizar a intervenção e regulação notadamente no que pertine às relações empresariais, ou seja, se o mercado e Estado dispõem de meios para cercear ou limitar o acesso ao mercado de vários *partners*.

No segundo capítulo verificar-se-á o uso pelo mercado do sistema de normas ISO, criado e organizado sob a égide da *Internacional Standardization Organization*, como forma de regulamentação do mercado.

Utilizando-se de métodos interpretativos proceder-se-á a análise das principais normas componentes do sistema de normas ISO, notadamente aquelas

que são comumente mais divulgadas, ou seja, as normas integrantes da série ISO 9000 e da série ISO 14000, com o escopo primordial de determinar o seu objeto, objetivos e abrangência.

Verificados tais pontos analisar-se-á como se dá a aplicação do sistema de normas ISO, no que pertine à sua regulamentação pelo Estado e pelos organismos internacionais, principalmente a Organização Mundial do Comércio.

Vencida essa análise cumprirá averiguar o processo de certificação das empresas pelo sistema ISO de normas, bem como as implicações que tal certificação acarreta no cotidiano empresarial, o que se fará tomando-se por base os requisitos insertos no corpo das normas que compõem as séries ISO 9000 e ISO 14000.

Uma vez constada a presença de meios e mecanismos utilizados pelo mercado para selecionar àqueles empresários em condições de participar ativamente do mercado, é importante analisar como tais meios e mecanismos influenciam a estrutura dos contratos empresariais, no que se poderia incluir a obrigação de atendimento das normas componentes do sistema ISO, objeto de análise do terceiro capítulo.

Com tal análise pretende-se verificar o ambiente de contratação no mercado atual, a forma e estruturação dos negócios jurídicos empresariais, e dos contratos decorrentes das negociações entabuladas no mercado.

Para além dessa análise, constatando-se a presença do Estado, seja por atuação direta ou indireta no mercado, é importante observar se os meios e mecanismos utilizados pelo mercado extrapolam para as relações jurídicas que tenham como parte o Estado.

Considerando-se o contexto de contratação havido no mercado e os meios e mecanismos que por ele – mercado – se conformam como usos e costumes empresariais, importa, por fim, analisar, o conteúdo das obrigações empresariais às quais se agregam tais usos e costumes.

Certamente, não se pode deixar de verificar as conseqüências geradas aos contratos empresariais pelo conteúdo das obrigações constituídas no ambiente do mercado e travadas nas relações empresariais, o que se fará no quarto capítulo deste estudo.

Caso se considere que o uso do sistema ISO de normas pelos empresários decorre dos usos e costumes empresariais e sendo esses usos e costumes

requisitos para conclusão de negócios jurídicos pelos empresários, importa analisar se tal obrigação pode ser causa para se alegar o descumprimento das obrigações, contratos e negócios empresariais.

A análise que se pretende estabelecer não pode prescindir de considerações acerca da influência dos conceitos indeterminados à formação e interpretação dos contratos, que levam a alterar a forma como se avaliam os princípios do *pacta sunt servanda*; relatividade dos efeitos dos contratos e autonomia da vontade. Nesse novo contexto interpretativo a análise do sistema de normas ISO como obrigação a ser atendida e seu descumprimento importa também em estabelecer as conseqüências que tal descumprimento gerará em todo o ambiente empresarial e para as demais relações jurídicas mantidas pelo empresário.

CAPÍTULO I - A MUDANÇA DE PARADIGMA NA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

1.1 O PRESSUPOSTO DA AUTO-REGULAÇÃO

A auto-regulação como forma de controle da concorrência e do próprio exercício da atividade econômica – expressão utilizada no sentido estrito que lhe confere Eros Roberto Grau em A ordem econômica na Constituição de 1988 – existe desde que o homem exerce alguma forma de troca de mercadorias, ou seja, mesmo antes do surgimento da moeda, já na Antiguidade.

A questão da concorrência e da intervenção do Estado no domínio econômico não teve o mesmo tratamento durante toda a história da humanidade, assim, com Paula Forgioni¹, pode-se dizer que existem três períodos bem determinados em que se verifica a regulação da atividade econômica.

O primeiro período se fixa da Antiguidade Grega até a Revolução Industrial marcada pelo liberalismo econômico e por pouca ou nenhuma regulação seja por meio da organização estatal vigente, seja por meio do próprio mercado.

Os mecanismos de controle de mercado utilizados na antiguidade não tinham por objetivo evitar a concorrência desleal entre os agentes atuantes no mercado. Os motivos pelos quais, a então organização estatal politicamente constituída ou mesmo o próprio mercado regulamentavam a atividade econômica eram diversos dos que atualmente o Estado utiliza para controlar o mercado e a liberdade de iniciativa, como bem explicita Paula Forgioni²:

É bem verdade que não existia, antes do século XVIII, a regulamentação da concorrência tendo em vista a manutenção do sistema de produção, ou a manutenção do próprio mercado. Da mesma forma, acreditamos que não havia, no senso comum, a consciência de necessidade da regulamentação da concorrência. Pensemos que os monopólios não eram regulados na antiguidade pois que contrários a uma forma de mercado escolhida como ótima, mas por razões extremamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias.³

Ainda que a regulamentação não fosse significativa naquela época,

¹ FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

² FORGIONI, **Os fundamentos**..., p. 31.

³ FORGIONI, **Os fundamentos**..., p. 31.

historicamente existem relatos de que na Antiguidade grega ocorreram várias tentativas do mercado em fixar acordos comerciais, que redundaram em monopólios, no exato sentido do termo, tal como definido por Paulo Sandroni em seu Dicionário de Economia⁴:

Forma de organização de mercado, nas economias capitalistas, em que uma empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço, que não tem substituto.

Esses monopólios face à inexistência de proibição legal não foram cerceados, mas diante de necessidades populares, o poder constituído intervinha de modo a evitar a carestia de víveres alimentícios e a “escassez artificial de produtos”⁵.

Já em Roma observa-se a existência de alguma legislação no sentido de evitar que a população fosse prejudicada pelo açambarcamento de mercadorias, fixação de preços absurdos ou abusivos, mas, não se pode dizer que existia uma auto-regulação do mercado ou uma regulação estatal intervencionista.

Dessas breves considerações constata-se que naquele período qualquer intervenção objetivava claramente coibir práticas lesivas à subsistência da população, mesmo que não seja possível afirmar com certeza e precisão que houvesse um pensamento liberal que medisse numa mesma balança o monopólio de algumas atividades e a liberdade de concorrência. Resulta, portanto, que naquele momento histórico existia uma verdadeira, ainda que incipiente, economia em regime de livre mercado.

Essa ausência total de regulação desaparece na Alta Idade Média com o surgimento de dois fenômenos primordiais e fundamentais (i) as corporações de ofício e (ii) a concessão de monopólios pelo Estado, ou seja, o monopólio de privilégio. As atividades econômicas ficavam a cargo da iniciativa privada e não próprio Estado.

A intervenção estatal, além da concessão de privilégios, tinha por objetivo o controle de gêneros alimentícios para os momentos de escassez e por essa razão o Estado se obrigava a atuar no sentido de adquirir alimentos, apesar de ser livre o comércio pelos agentes econômicos.

⁴ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia**. nova ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Best Seller, 1989. p. 207.

⁵ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 40.

Assim, é possível dizer com Armando Sapori⁶ que esse período foi marcado por dois tipos de agentes econômicos, aqueles formados por pequenos artesãos e artífices, que originaram as corporações de ofício e um outro grupo de grandes agentes que não se vinculavam às corporações, mas gozavam de acesso aos monarcas e a Igreja aos quais não se aplicavam tais regras de intervenção ou de concorrência.

A regulação que marcou o mercado da época se dá com as corporações de ofício, que nada mais são do que organizações de determinadas categorias de artesãos e artífices, que tinham interesses em comum e precisavam proteger o exercício de sua atividade, cuja semelhança com cartéis e associações de empresários é peculiar.

As corporações criavam estatutos que se constituíam como completos ordenamentos e é a partir delas que se tem a primeira auto-regulação do mercado.

Percebe-se, daí, que dois eram os tipos de normas que disciplinavam a atividade econômica das corporações de ofício, em um óbvio contexto de pluralidade de ordenamentos jurídicos: as primeiras, os estatutos das corporações, ordenamentos jurídicos completos, como se verá, e que eram colocados pelos comerciantes ou artesãos para disciplinar sua própria atividade. O outro sistema era aquele da Comuna medieval, que procurava regular a atividade das corporações, fazendo-o, na maioria das vezes, pelo controle dos estatutos e imposição de algumas normas de conduta obrigatórias para seus membros. Muitas das normas disciplinando as atividades dos membros das corporações foram estabelecidas por atos dos governantes das cidades.⁷

As normas disciplinares da Comuna visavam à proteção dos consumidores, já os estatutos das corporações fixavam regras de conduta.

Essas regras de conduta geralmente limitavam a capacidade de produção, número de empregados de cada agente e de horas trabalhadas por dia, importação de matéria prima, fixação dos preços, condições de prazos e pagamento, delimitavam a atividade ao próprio estabelecimento e o tipo de mercadoria vendida, ou seja, controlavam a oferta.

Além do controle de oferta eram vedados quaisquer mecanismos de atração da clientela, o boicote dos demais agentes do mercado, bem como macular a imagem dos concorrentes, configurando normas de defesa da concorrência.

⁶ SAPORI, Armando. **Studi di storia econômica medievale**. Firenze: Sansoni, 1940. (Nuova serie diretta da Frederico Chabod, v. 5).

⁷ FORGIONI, **Os fundamentos...**, p. 44.

Existiam outras normas que visavam limitar o acesso ao mercado e proibiam, ainda, o estabelecimento de concorrentes muito próximos uns dos outros.

Esse mesmo espírito é seguido no ambiente das feiras e mercados, que nada mais eram que oportunidades nas quais os comerciantes se reuniam em cidades e datas pré-determinadas, quando então, todos colocavam seus produtos a venda.

Existem relatos históricos demonstrando que ao final da feira os comerciantes eram obrigados a colocar a venda todas as mercadorias não vendidas a preços mais baixos, pois não era permitido que os produtos fossem guardados para vendas futuras. Entendia-se que os saldos das feiras poderiam gerar a prática de vendas diferenciadas e mecanismo de alteração do preço fixado pelas corporações.

Àqueles mercadores que não exerciam a atividade dentro dos parâmetros regulamentados pela corporação eram submetidos a processos previamente estabelecidos e seu julgamento ficava a cargo dos cônsules. Como resultado do julgamento o mercador poderia vir a ser condenado a multa ou exclusão da corporação. Portanto, as corporações detinham “poder de jurisdição”⁸.

Assim, as corporações configuravam verdadeiros centros de poder dentro das cidades e dos burgos, controlando as atividades dos mercadores a elas vinculados.

As corporações continuaram a existir mesmo durante o período mercantilista estatal, período em que os Estados estavam interessados em obter e garantir o maior número possível de metais e pedras preciosas que pudessem, pois, era corrente o pensamento que o maior poderio seria detido pelo Estado que angariasse as maiores riquezas. E, Paulo Sandroni, bem resume as principais características desse período denominado de Mercantilismo:

Defende o acúmulo de divisas em metais preciosos pelo Estado por meio de um comércio exterior de caráter protecionista. Alguns princípios básicos do Mercantilismo são: 1) o Estado deve incrementar o bem-estar nacional, ainda que em detrimento de seus vizinhos e colônias; 2) a riqueza da economia nacional depende do aumento da população e do aumento do volume de metais preciosos do país; 3) o comércio exterior deve ser estimulado, pois é por meio de uma balança comercial favorável que se aumenta o estoque de metais preciosos; 4) o comércio e a indústria são mais importantes para a economia nacional que a agricultura. Essa

⁸ FORGIONI, **Os fundamentos...**, p. 49.

concepção levava a um intenso protecionismo estatal e a uma ampla intervenção do Estado na economia. Uma forte autoridade central era tida como essencial para a expansão de mercados e a proteção dos interesses comerciais.⁹

Marca esse período, então, a expansão dos Estados sobre suas colônias, a partir do comércio marítimo, a submissão integral da colônia ao poder central e a impossibilidade dessas mesmas colônias concorrerem com os Estados na produção manufatureira. Assim, as colônias eram obrigadas a adquirir todos os gêneros de que necessitavam nos Estados centrais, não era somente uma questão de dependência. Era uma questão de exclusividade da colônia em relação ao poder central.

O segundo período de estudo da auto-regulação, tem início com os movimentos revolucionários e a alteração do sistema de produção até então vigente. Os agentes do mercado não eram mais os pequenos artesãos; as atividades passaram das oficinas para as fábricas. A esse novo agente do mercado as normas das corporações, rígidas no que pertine à liberdade de iniciativa e de concorrência, não lhe era mais favorável.

Essa necessidade, aliada à sede de riqueza estatal durante o período mercantilista dirigida não somente à exploração das colônias, mas também, a população local, que sofreu com a taxaço de todas as atividades exercidas, mormente porque atingiu, inclusive, parcela da burguesia vinculada ao monarca, gerou as revoluções liberais, tanto na Inglaterra, quanto na França e depois dos Estados Unidos, como demonstra Paula Forgioni:

É de se notar – correndo o risco de ressaltar o óbvio – que a *Riqueza das Nações* não contém idéias sobre a concorrência que fossem inteiramente novas em 1776, mas constitui a sedimentação de um movimento que se alinhava e que buscava a libertação do agente econômico: *a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não-intervenção do Estado no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia.*¹⁰

Decorre daí o nascimento de um Estado que tem por ideologia de sustentação o liberalismo, cujo objetivo maior é limitar a atuação do Estado de forma a privilegiar o mercado, como se observa em Bobbio:

⁹ SANDRONI, op. cit., p. 197.

¹⁰ FORGIONI, **Os fundamentos...**, p. 59.

[...] o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo.¹¹

A limitação dos poderes e das funções do Estado, presentes no ideal liberal, forneceu elementos que sustentam um Estado que, do ponto de vista da classe dominante, não afeta os meios de produção nem o consumo, uma vez que o Estado deveria ser mínimo, ter poucas funções e limitado os seus poderes, de modo que a liberdade de iniciativa estivesse constantemente protegida e qualquer manifestação em contrário consistiria em afronta ao Estado e ao direito vigente.

Desse modo, correta a posição de Bobbio que evidencia os motivos pelos quais a classe economicamente dominante estabeleceu um Estado de Direito:

[...] próprio da doutrina liberal, [do qual] são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos os mais importantes são: 1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político.¹²

A organização do Estado baseada no princípio da separação dos poderes proposta por Montesquieu – limitando o Estado em seus poderes – acentua o caráter inerte e descomprometido do Estado pretendido pela burguesia para a realização e concretização de seus interesses maiores.

Pela lei – Estado de Direito – e com a limitação dos poderes do Estado – Estado mínimo – o liberalismo burguês se consolida, como lucidamente comenta Paolo Grossi:

[...] o liberalismo econômico [que] pretende controlar a dimensão jurídica para garantir plenamente os valores sociais sobre os quais é fundada sua constituição não escrita, valores de liberdade econômica que teriam encontrado apoio seguro não sobre as *déclarations* ainda entendidas como aéreas conclamações filosófico-políticas, mas nos artigos enclausurantes de

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 5ª ed. Editora Brasiliense, 1994. p.17.

¹² Id.

um texto normativo¹³.

Nesse contexto, faz-se necessário concordar com a reflexão de Frederico Simionato acerca dos reais interesses da burguesia com a constituição do Estado:

O Estado nasce depois da sociedade civil. Não teria sentido lógico existir Estado sem sociedade civil. Portanto quem criou o Estado foram aqueles que detinham o poder ou desejaram ter poder sobre os demais. Eles criaram o Estado para evitar que ela própria – elite – se destruísse numa dialética espiral de conflito (a sociedade requer regras e segurança jurídica).¹⁴

Não se pode, porém, como leciona Fabio Nusdeo, confundir Estado mínimo com Estado fraco, porque se buscava com o Estado a concessão de garantias individuais e não sua atuação nos setores privados.

As constituições clássicas caracterizaram-se como constituições-garantia, destinadas, por um lado, a submeter o Estado a controles endógenos, isto é, operantes dentro de sua própria mecânica funcional e estrutura, fundadas ambas no princípio da divisão dos poderes e, por outro, a contê-lo dentro de acanhados limites de ação, interferindo o mínimo possível na liberdade de movimentos dos cidadãos, escudados pelo rol dos direitos e garantias individuais.

Procurava-se, em suma, ante a impossibilidade da completa separação dos planos de decisão, econômico e político, fazer com que as intersecções entre ambos fossem reduzidas a áreas restritas e de localização muito específica, nomeadamente aquelas com relação às quais o mecanismo de mercado se revelasse decididamente inoperante. A isso passou a chamar-se posteriormente de Estado mínimo, que não deveria, em nenhuma hipótese, confundir-se com Estado fraco.¹⁵

Constata-se, a partir dessas reflexões, que se formou o meio necessário para a livre atuação da burguesia que, baseada na legitimidade da norma, exerce sua liberdade de atuação no mercado, conquistando consumidores da forma que melhor lhe aprouvesse. Toda essa liberdade ocasionou a formação de monopólios e oligopólios, ou seja, no controle do mercado pela mão de um ou de alguns, e, em decorrência disso, a instabilidade do próprio mercado.

Os monopólios e oligopólios sujeitaram os trabalhadores – a classe operária – a condições insuportáveis de trabalho, iniciando, nas palavras de Paula

¹³ GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora. In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 96

¹⁴ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Mercado e política econômica**. *Revista de Direito Empresarial*, Juruá Editora n. 5, jan.-jun. 2006. p. 161.

¹⁵ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 12.

Forgioni "a pressão e o famoso conflito capital/trabalho, mais um incontestável fator de instabilidade do sistema"¹⁶.

As diferenças sociais se agravaram e como o trabalho não era remunerado na proporção do esforço despendido pelo trabalhador, reduziu-se o poder de compra da população, condição que não se coadunava com a necessidade de venda de produtos pelos detentores do capital.

Para além da redução das condições de compra dos trabalhadores, as formas monopolizadas e oligopolizadas de organização da atividade econômica demonstram que as teses de Adam Smith acerca da capacidade do mercado se auto-organizar estavam equivocadas, vez que no contexto gerado pelo próprio mercado excluiu-se de seu âmbito uma série de participantes, além do que, como leciona Fabio Nusdeo:

o mercado, malgrado suas evidentes qualidades, não é um mecanismo apto a resolver e equacionar todas as situações que se apresentam a um sistema econômico.¹⁷

Nesse quadro, o capitalismo se dá conta que a estratificação social, as disparidades, a marginalização, e o (des)controle do mercado, não poderiam persistir e que se fazia necessário a regulamentação da atuação dos agentes econômicos, mormente para coibir os monopólios e oligopólios, surgindo, assim, a intervenção do Estado na esfera econômica.

Essa intervenção confere ao Estado, o que Eros Roberto Grau denominou de novo papel do Estado, o poder de

atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.¹⁸

Muito mais do que legitimar o modelo capitalista, a intervenção do Estado é permitida e desejada pelo mercado com o objetivo precípua de resguardar os mais variados setores da atividade econômica, ou seja, a intervenção, nas palavras de Eros Roberto Grau, "está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo",¹⁹ tem, portanto, um conteúdo eminentemente ideológico apesar de sua

¹⁶ FORGIONI, **Os fundamentos** ..., p. 66.

¹⁷ NUSDEO, **Fundamentos para...**, p. 17.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 64.

¹⁹ GRAU, op. cit., p. 64.

feição social. Mas muito principalmente, a crise do modelo liberal havida no século XIX e no século XX, exigiram a intervenção do Estado no mercado também para assegurar as taxas de lucratividade do mercado.

E é também essa a reflexão de Fábio Konder Comparato:

Mas é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Posto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister ser fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízos para a própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse que as regras do jogo fossem respeitadas. Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bojo do Direito Comercial, cujo fundamento era o princípio da defesa dos interesses próprios dos comerciantes.²⁰

Nasce, então, a intervenção sob a forma de regulação, participação, controle e planejamento da atividade econômica, e no caso do Brasil, exercício direto pelo Estado de certas e determinadas atividades entendidas como necessárias à segurança nacional.

A intervenção existe não para restringir a atividade econômica e sim para propiciar que ela ocorra da maneira mais livre possível, ou seja, para que se dê a maior amplitude possível à livre iniciativa e à livre concorrência, sem que represente perdas de lucratividade para o mercado.

1.2 MODELO ECONÔMICO CONSTITUCIONAL E INTERVENÇÃO NA ECONOMIA

A intervenção do Estado no domínio econômico diante da concentração do mercado em poucos agentes é fato inquestionável. Contudo, não é possível mitificar essa intervenção, porque, para além do manto protetor do ordenamento jurídico, que nada mais fez do que acobertar os reais interesses que a intervenção pretende proteger, comprova-se que seu maior objetivo era preservar o mercado.

O mercado a ser preservado é aquele que se dá o encadeamento de várias relações associativas, tal como, do ponto de vista sociológico, o descreveu Weber:

o mercado representa uma coexistência e seqüência de relações associativas racionais, das quais cada uma é especificamente efêmera por extinguir-se com a entrega dos bens de troca,... A troca realizada constitui

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, n. 375, [s. d.], p. 30.

uma relação associativa apenas como parte contrária da troca.²¹

O raciocínio de Weber segue para compreender o mercado como relação impessoal cujo objetivo principal é o interesse na troca.

A comunidade de mercado tal como constitui a relação vital prática mais impessoal que pode existir entre os homens. Não porque o mercado implica a luta entre os interessados. Toda relação humana, mesmo a mais íntima – também a entrega pessoal mais incondicional – é em algum sentido de caráter relativo e pode significar uma luta com a outra parte... Mas porque ele é orientado de modo especificamente objetivo, pelo interesse de troca e por nada mais.²²

As reflexões de Weber acerca do mercado conduziram Bruno P. W. Reis a concluir que o mercado reconhece os direitos de seus participantes.

[...] no mercado, há um reconhecimento evidente de que todos podem legitimamente perseguir apenas o seu interesse individual, e a forma de interação que o constitui – a troca – pode perfeitamente se dar sem que qualquer dos participantes se preocupe por um instantes sequer com o bem-estar do outro; não obstante, não menos importante, na configuração da relação de mercado é o reconhecimento universal de que cada um é portador de direitos que não podem em hipótese alguma ser violados – caso contrário, não há troca, mas um roubo: um crime.²³

Motivo pelo qual Weber afirma que o “mercado livre”, isto é, não comprometido por normas éticas com sua exploração, é forma de socialização possível entre inimigos, isto porque é interesse do mercado a intervenção realizada pelo Estado, pois nela não existe nada que contrarie as intenções dos agentes econômicos ou que, efetivamente, limite ou coíba sua ação.

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na *práxis*, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservaram as estruturas do mercado, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios²⁴.

Ou seja, o suposto controle de mercado pela intervenção se deu

²¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 5ª ed. (rev. anot. org.) Johannes Winkelmann. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2000. p. 420.

²² *Ibid*, p. 421.

²³ REIS, Bruno P. W. O Mercado e a norma: o estado moderno e a intervenção pública na economia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n. 52, jun. 2003, p. 55-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

²⁴ GRAU, op. cit., p. 26.

exatamente para encorajar a concorrência e não para limitá-la ou permitir o ingresso de novos agentes no mercado, enfim se dá com o objetivo de preservação do mercado.

Nesse passo, cumpre abrir um parêntesis para indicar que o terceiro período da auto-regulação – conforme a divisão metodológica proposta por Paula Forgioni – é dominado pelo uso da intervenção estatal como mecanismo para a concretização de políticas públicas.

Tendo como missão, então, a concretização de políticas públicas, o Estado está autorizado a atuar no sistema, e passa de mero espectador a agente, não só controlando a atividade, mas também, participando ativamente do mercado, como explica Nusdeo:

Aberto o caminho para a sua entrada no sistema, passa gradualmente a assumir um segundo papel, dentro do qual marca presença ao impor finalidades outras que não a de mero suprimento de condições para superar as imperfeições anteriormente apontadas. Trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos de política econômica, bem definidos para o desempenho do mesmo sistema, o que implica, em última análise, impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os naturais ou espontâneos, para se afeioarem às metas fixadas.²⁵

Reflexo disso é a previsão na Constituição brasileira, mais especificamente pela redação dos artigos que compõem o capítulo que trata da ordem econômica, que o Estado brasileiro está autorizado a atuar participativamente do mercado. Contudo, isso só se dá devido ao interesse do próprio mercado nessa intervenção, não só para a manutenção da posição atingida pelos agentes atuantes em determinado momento, como notadamente por autorizar o Estado a agir nos campos em que a iniciativa privada não tem interesse ou sua atuação seja deficitária. Assim, o Estado intervém para manter posições e para realizar aquilo que não é considerado economicamente interessante para o mercado. À vista de atender os interesses do mercado, o modelo econômico constitucional de intervenção escolhido pelo constituinte brasileiro é aquele que agasalha o intervencionismo econômico a favor do mercado e não contra ele, é um modelo que se qualifica como neoliberal, cujo mecanismo utilizado é a direção.

A indicação dessa nomenclatura para o modelo de intervenção constitucional brasileiro leva em conta os esclarecimentos tecidos por Eros Roberto

²⁵ NUSDEO, op. cit., p. 25.

Grau²⁶ no sentido de serem três os modelos de intervenção: por absorção ou participação; direção; e por indução. Esclarece, ainda, que quando a intervenção se dá por absorção o Estado assume o controle dos meios de produção. Na participação o Estado assume somente parcela dos meios de produção. Tanto numa como noutra as atividades econômicas que estarão a cargo do Estado serão as em sentido estrito, que, em situação de não intervenção, seria da competência exclusiva da iniciativa privada. Na intervenção por indução o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o mercado. Na intervenção por direção o Estado exerce pressão estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para a iniciativa privada – atividade econômica em sentido estrito.

É fundamental consignar, nesse passo, que a direção não consiste em momento algum em dirigismo econômico, porque tal forma de intervenção é totalmente contrária os interesses do próprio mercado.

Ainda que o interesse defendido pelo modelo escolhido seja o de liberdade de atuação, a própria Constituição fixa parâmetros para o exercício dessa liberdade, bem como estabelece limites a serem observados durante a atuação dos agentes no mercado. Tais limites elevam valores voltados ao atendimento das demandas sociais em detrimento de outros valores mais caros e reinantes no mercado.

Assim, a atividade econômica brasileira, mesmo fundada na liberdade de iniciativa é limitada pelos demais valores e princípios que norteiam a atividade econômica brasileira, que encontra seu cerne no art. 170²⁷ e seguintes da Constituição Federal.

Observa-se pelo *caput* do artigo que a atividade econômica, seja privada ou estatal, é orientada por diversos princípios. Entretanto para os fins do presente estudo, as considerações serão tecidas em torno do princípio da livre iniciativa – como o direito de todos se lançarem no mercado por sua própria conta e risco – e livre concorrência – como oportunidade para que qualquer indivíduo possa participar da atividade econômica.

Esses princípios não correspondem exatamente ao conteúdo que lhes foi

²⁶ GRAU, op. cit. n. p.

²⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV – livre concorrência;

dado pelo *laissez-faire*, *laissez passer*, pois liberdade de iniciativa e de concorrência somente haver se propiciarem os princípios constantes do art. 170 da Constituição Federal.

Neste quadro limitador, compete ao Estado atuar de forma a conduzir as forças econômicas no sentido de propiciar, ao mesmo tempo, o poder que alguns agentes exercem no mercado e o acesso de qualquer indivíduo ao mercado.

O mercado necessita de ordem e de liberdade. A ordem decorre do sistema normativo, que no caso brasileiro deriva da Constituição Federal, e de liberdade, entendida liberdade de iniciativa econômica para, nas palavras de Grau, a “realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício”²⁸, até porque é somente através do exercício de alguma atividade, do trabalho, que o homem pode se valorizar.

A intervenção se dá de várias formas, ou seja, pela atuação direta do Estado no setor privado pelo exercício de atividade econômica em sentido estrito, que, no caso brasileiro, se dá por meio das empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – e, ainda, por monopólios, quando o interesse social ou a segurança nacional assim determinar.

Porém, para a defesa real dos interesses do mercado, importa a atividade repressiva do abuso do poder econômico que tenha por fim a dominação dos mercados, o aumento arbitrário dos lucros ou a eliminação da concorrência.

É mediante esse artigo, contrariamente ao que uma interpretação simplista conduziria, que o Estado exerce a intervenção pretendida pelo mercado, ou seja, é por meio dela que o Estado evita o ingresso de novas forças no mercado, ou a eliminação das forças existentes. Enfim, é pela limitação das práticas de abuso do poder econômico que, indiretamente, se efetivam os princípios da liberdade de concorrência e de livre iniciativa.

Para além do texto constitucional o Estado dispõe de normas infraconstitucionais de repressão do abuso do poder econômico como, por exemplo, a Lei 8884, de 11 de junho de 1994, cujo principal objetivo não é a defesa direta dos direitos do consumidor porque, visa, efetivamente, conforme preceitua Grau, a “preservação do modo de produção capitalista, ainda que seja, também, instrumento

²⁸ GRAU, op. cit., p. 183.

de política pública”.²⁹ Dessa forma, o Estado através do uso da norma, concretiza um dos objetivos principais do modo de produção capitalista que é o de proteger os agentes econômicos eficientes em relação a seus competidores.

O conceito de eficiência, para determinação da proteção pretendida pelo mercado é aquela decorrente dos ensinamentos da Escola de Chicago³⁰, capitaneada por Richard Posner, e que, por Raquel Sztajn foi assim definida:

Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade de adequação à função. Não se confunde com eficácia que é a aptidão para produzir efeitos.³¹

No mercado a proteção dos mais eficientes é fundamental, vez que esses conseguem exercer sua atividade a menores custos e com maior qualidade. Nesse cenário competitivo, o mercado irá prestigiar aquele que tiver a melhor estratégia em determinada situação. A tomada de decisões equivocadas baseadas em informações deficientes ou insuficientes é o que cria um ambiente de competição e determina a seleção dos mais eficientes dentre todos os competidores atuantes no mercado.

É certo que nem sempre a decisão tomada por um empresário se mostra equivocada, porém, vigora no mercado a condição implícita de que somente aqueles que demonstrarem maior eficiência permanecerão atuantes, de que somente esses lograrão sucesso no processo de seleção – exatamente como na concepção darwinista. Por isso, somente os eficientes poderão sobreviver no mercado. E é esse o objeto do mercado com a intervenção: privilegiar os mais eficientes.

1.3 PROPRIEDADE E CONTRATO

Para além da proteção da eficiência, resta evidente que a intervenção preserva também dois valores fundamentais para o mercado: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de contratar.

É importante consignar que da forma de atuação do Estado sobre o

²⁹ GRAU, op. cit., p. 192.

³⁰ FORGIONI, **Os fundamentos...**, “A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, [...]”. p. 173.

³¹ SZTAJN, Raquel. Law and economics. **Revista de Direito Mercantil**, n. 137, abr.-jun., 2006, p. 227.

domínio econômico se altera o regime jurídico dos contratos.

Revela-se que os contratos no âmbito empresarial contemplam disposições que ultrapassam os objetivos buscados pelas partes contratantes para alcançar os fins da ordem econômica nacional, revestindo-se, ainda que aparentemente, em mecanismo para realização das políticas públicas planejadas pelo Estado. O contrato, nas palavras de Bittar, deixa, assim, de ser algo que somente prevê aquilo que às partes interessa.

Com efeito, com a intervenção do Estado na economia, regulando certas atividades ou ditando normas imperativas em certos campos, vêm sendo retiradas da órbita privada matérias tidas até então como dela integrantes, representando balizas à autonomia privada.³²

Cria-se para o contrato uma função social, consubstanciada na utilidade que gerará para os terceiros alheios à contratação, visto que extrapola seu conteúdo econômico para ter um caráter solidário, no sentido de solidariedade para com a sociedade, como gerador de riqueza e renda.

O que, em verdade ocorre é a subsunção das partes contratantes a regras impostas pelas normas intervencionistas, que, no mais das vezes, limitam a vontade das partes, e, podem, em certos casos, gerar a inexecução de certas disposições, mas que efetivamente têm o condão de reduzir o número de agentes econômicos habilitados a atender as demandas exigidas pelo mercado.

Preserva-se, então, os interesses do mercado, ao limitar a concorrência, pela imposição de normas e regras que não podem ser atendidas por todos os agentes atuantes. Vê-se, portanto, efetivamente, que o Estado não tem o fim de garantir a regulação do mercado, e sim, a continuidade do exercício da atividade econômica.

É preciso concordar com Raquel Sztajn ao refletir que “mercados muito regulados tendem a reduzir a entrada de novos produtores”³³, pois em verdade esse é o objetivo do mercado. Para certas áreas de atuação no mercado não é interessante o aumento de agentes, o que se quer é reduzir esses nichos de mercado ao monopólio ou quiçá a oligopólio por não existirem agentes apropriados para atuar no mercado.

³² BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003. p. 124.

³³ SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 57.

Assim, é ilusório que o papel do Estado seja o de garantir a concorrência perfeita no mercado, como descrito por Bruno Reis:

[...] o poder público tem a atribuição complexa e paradoxal de interferir continuamente na operação do mercado para de fato refundar permanentemente o próprio mercado, ao mantê-lo em um estado tão próximo da “concorrência perfeita” e amparar minimamente os casos de insucesso, dada a tendência concentradora que resulta da livre interação dos agentes econômicos no mercado. Na ausência de interferência externa, essa tendência cristalizaria relações econômicas originariamente mercantis em relações coercitivas adstritamente definidas, a partir do uso irrestrito – por alguns poucos – do poder econômico que resultaria de seu sucesso inicial na competição mercantil.³⁴

Apesar do interesse do mercado em manter seu *status quo*, já se demonstrou que o liberalismo clássico não é sustentável, de modo que a competição não pode ser refutada e o Estado tem o dever de incentivá-la.

O mecanismo intervencionista, instrumentalizado pelas normas de defesa da concorrência, convertem-se em incentivos para o exercício da liberdade de iniciativa, alargando a concorrência no mercado para as atividades mais rotineiras e cotidianas.

A fixação dessas normas no âmbito contratual convergem para o objetivo primordial buscado pelo Estado mediante a intervenção, qual seja, levar à margem do mercado certo grupo de agentes, ao quais restarão, tão somente, restritas áreas de ação e mínimas possibilidades de crescimento, além de obstar o acesso ao mercado internacional, que em tempos de globalização, pode significar a manutenção ou não da empresa no mercado.

Diante desse quadro é preciso concordar com Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Na estrutura constitucional, percebemos, então, nesses termos, que o fundamento da livre iniciativa como um fundamento da República e da Ordem Econômica, não é diretamente decorrente do livre mercado porque o livre mercado pode propiciar distorções que, no limite, aniquilem a livre iniciativa. Mas o livre mercado, com as devidas regulações que lhe propicia o princípio de livre concorrência em termos de razoável harmonia entre competitividade e cooperação, pode fomentar a própria livre iniciativa. O elemento básico constitucional desse fomento é a repressão do abuso do poder econômico.³⁵

O Estado, então, tem por obrigação intervir no mercado para evitar a

³⁴ REIS, op. cit., p. 72.

³⁵ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 18, 1996, p. 75.

concentração econômica, a formação de oligopólios e monopólios, tendo como objetivo maior a busca pelo equilíbrio concorrencial, o que nem sempre é possível em um ambiente de livre mercado, pois, como já se elucidou o mercado é formatado para privilegiar os agentes mais eficientes. Entretanto, é política pública do Estado propiciar meios para a manutenção principalmente dos micro, pequenos e médios empresários, exigindo-se a implementação de facilitadores para sua atuação, o que, efetivamente, o Estado brasileiro vem desenvolvendo.

O mercado, então, obtém do Estado meios para manter a liberdade de concorrência e iniciativa. Todavia, o mercado não se satisfaz apenas com a proteção emanada do Estado, ele se utiliza de outros meios para garantir que somente atuem no mercado os agentes mais eficazes. Para tanto o mercado tem no contrato um instrumento extremamente forte para garantir o cumprimento das obrigações empresariais.

Nesse passo, importa rememorar que o ambiente empresarial, com sua origem, como já se proclamou, no direito comercial, tem práticas, usos e costumes que não podem ser afastados quando da análise de qualquer negócio jurídico empreendido no mercado. Negócio jurídico criado, como ressalva Mussi “para favorecer o intercâmbio e o desenvolvimento econômico, é necessário eliminar os obstáculos à livre circulação dos bens”³⁶. Os usos e costumes empresariais irão permear toda a obrigação empresarial e via de consequência o contrato empresarial. Lembrando, com Mussi, que “o negócio jurídico empresarial serve ao empresário como meio de circulação das riquezas que lhe são próprias”.³⁷

Os negócios jurídicos perpetrados, notadamente em um ambiente de globalização, importam no atendimento de princípios, regras, normas que os usos e costumes empresariais impõem. Usos e costumes esses que são determinantes para a caracterização do “suporte fático”³⁸ do negócio jurídico pretendido.

Neste contexto tem-se que os negócios jurídicos empreendidos no mercado tem nos pólos da relação jurídica, empresários – individuais ou coletivos – que assumem riscos inerentes à atividade desenvolvida e de forma profissional.

³⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj Negócio jurídico: Releitura à luz do direito empresarial. **Revista de Direito Empresarial**, n. 4, jul.-dez., 2005, p. 17.

³⁷ Ibid., p. 9.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983. p. 7.

Detêm amplo conhecimento do meio em que realizam o negócio e compreendem a extensão e eficácia dos usos e costumes empresariais aos quais estão circunscritos. O objeto do negócio jurídico empresarial também tem natureza própria, vez que abarca em seu bojo certos preceitos inerentes ao mercado, ou seja, nas palavras de Mussi o negócio jurídico empresarial contempla “uma série de atos coordenados pelo empresário em função da produção ou da circulação dos bens ou serviços”³⁹ que o qualificam.

E é nesse contexto que se deve avaliar e interpretar os negócios jurídicos empresariais, e o contrato empresarial, que abarcam uma série de exigências que não encontram suporte na norma emanada do Estado, mas pelo Estado aceita e absorvida, como é o caso do sistema de normas ISO.

O mercado e o ambiente empresarial, tendo por base os usos e costumes que circunscrevem o exercício da atividade econômica pelos empresários, é que exigem o atendimento do sistema de normas ISO, que como se demonstrará tem por escopo primordial a redução dos custos inerentes a produção de bens ou serviços. A imposição de tal condição encontra amparo na “especificidade das circunstâncias negociais”⁴⁰ que cercam o negócio jurídico empresarial e o qualificam.

As circunstâncias negociais compreendem, como leciona Antonio Junqueira Azevedo o:

conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entre a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas).

E é devido à integração das circunstâncias empresariais ao negócio jurídico empresarial que o sistema de normas ISO encontra terreno fértil para lhe servir de critério e parâmetro.

Mas não é somente por esse fato que o sistema de normas ISO atinge tal degrau na hierarquia dos usos e costumes empresariais. Sua exigência, tendo em vistas as dificuldades que cercam a obtenção do certificado de conformidade com referidas normas, servem também como mecanismo hábil para a limitação da concorrência e a exclusão de vários agentes econômicos do mercado.

Importa esclarecer, ainda, que apesar dos usos e costumes empresariais

³⁹ MUSSI, op. cit., p. 33.

⁴⁰ Ibid, p. 34.

terem sido o nascedouro da utilização do sistema de normas ISO, o mercado buscou e obteve, como se demonstrará, a tutela estatal para a aceitação e imposição do sistema como verdadeira norma emanada do processo legislativo.

1.4 AUTO-REGULAÇÃO NORMATIVA DO MERCADO

A mudança do paradigma da atuação estatal não é reflexo, exclusivamente, da alteração do ideário político dos Estados, decorre, nas palavras de José Eduardo Faria, principalmente, “da desconcentração, descentralização e fragmentação do poder”⁴¹ e, ainda, encontra apoio, conforme lembra Arno Dal Ri Júnior nos preceitos da Igreja, manifestados através na encíclica *Quadragesimo Anno* no sentido de que:

a filosofia social cristã apoiava as iniciativas dos órgãos públicos voltados a limitar a potência econômica ou a livre concorrência, nos casos em que pudessem vir a ameaçar o bem comum ou a justiça social.⁴²

Depois da Primeira Guerra Mundial, os Estados perceberam a necessidade de se ter a instituição de uma organização multilateral que servisse de referência para o comércio internacional e que, muito principalmente, tivesse por escopo abarcar em seu contexto os fenômenos econômicos e sociais que haviam sofrido sensivelmente com as “devastações provocadas pelo liberalismo”.⁴³

Entretanto, findo o conflito mundial a paz internacional não durou muito, em poucos anos o mundo se viu novamente em guerra, muito maior e que no seu término propiciou a diminuição das fronteiras entre os países, dando início a um fenômeno denominado globalização.

Pode-se dizer, então, que a origem do processo de globalização se dá a partir dos avanços tecnológicos ocorridos no período pós-guerra, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados, para melhorarem suas condições nos campos de batalha, utilizaram da tecnologia até então desenvolvida, principalmente na área das comunicações, para ganhar agilidade na execução das estratégias de guerra.

A partir desse momento, e em um processo crescente cuja concretude se

⁴¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros Editores: 1999. p. 7.

⁴² RI JÚNIOR, op. cit., p. 28.

⁴³ Ibid, p.113.

fez sentir sensivelmente a partir da década de 70, deu-se, nas palavras de Faria, uma “intensificação da circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária”⁴⁴.

O mercado, tal como explicita Nester, é a expressão da “maneira como se organizam as transações econômicas em determinado universo pelos consumidores e fornecedores”⁴⁵ se alarga não mais se circunscrevendo ao território dos Estados nacionais. O mercado agora é todo o planeta, e por isso, a força e poder dos Estados se enfraquecem, abrindo espaço para uma nova ordem ditada pelos agentes econômicos que, cada vez mais, passam a regular as relações empresariais. Esse é o sentido da reflexão desenvolvida por Faria ao tratar da integração e forma de atuação do mercado.

Por operar sob a forma de redes formais e informais de interesses envolvendo um número variado de atores empresariais com distintos graus de influência e poder, e preocupados apenas em negociar acordos específicos sobre matérias determinadas, esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas de direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, ...⁴⁶

Toda essa aparente liberdade de negociação aliada à ausência de fronteiras geradas pela globalização, faz aumentar o número de agentes no mercado e com isso a concorrência, que nesse novo contexto passa a ser muito mais acirrada, forçando os agentes econômicos a demonstrar sua eficiência para nele se manter.

Entretanto, para afastar os ineficientes ou indesejáveis do mercado, implementam-se mecanismos para padronizar as relações empresariais, dentre eles, conforme reflexão Faria, a “uniformização e padronização das práticas comerciais no plano mundial”⁴⁷.

Importante consignar que a imposição de critérios para a circulação de mercadorias no mercado mundial não é prática nova. Tal conduta tem sua origem no

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores: 1999. p. 7.

⁴⁵ NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**: compartilhamento de infra-estruturas e redes. São Paulo: Dialética: 2006. p. 23.

⁴⁶ FARIA, op. cit., p. 36.

⁴⁷ FARIA, loc. cit., p. 59.

período posterior a Primeira Guerra Mundial quando os Estados enfraquecidos economicamente fecharam suas fronteiras e impuseram barreiras comerciais ao ingresso de produtos estrangeiros, prática que certamente cerceava o livre comércio.

Todavia, finda a Segunda Guerra Mundial, os países vencedores do conflito receosos (i) da repetição do panorama vivido na década de 30, ou seja, de que uma nova depressão assolasse as economias mundiais e (ii) de novos conflitos em escala mundial, criaram mecanismos para evitá-los e facilitar o livre comércio. O principal mecanismo tinha por fundamento uma relação de interdependência econômica que manteria a paz e que, também, fomentaria o livre comércio, que Caldas refletiu da seguinte forma:

[...] qualquer política de crescimento econômico sustentada no pós-guerra deveria ser baseada no livre comércio e abertura das diversas economias às transações com outras economias, com a imposição de um nível mínimo ou idealmente nenhuma barreira.⁴⁸

Surgiu, então, conforme lembra Maliska, a iniciativa de se constituir “organizações internacionais para promover o desenvolvimento econômico e social dos povos”⁴⁹, iniciativa que fomentou a criação da Organização Internacional do Comércio, organização mundial cujo principal objetivo era, e continua sendo, nas palavras de Ri Júnior, o de regulamentar “as questões concernentes à liberalização das relações de comércio”⁵⁰ que, como lembra Correa, “junto com o FMI⁵¹ e com o BIRD⁵², vir[iam] a formar o tripé da ordem econômica do período pós-guerra”⁵³. O FMI e BIRD foram instituições criadas na conferência intergovernamental havida de 1º a 22 de julho de 1944, na cidade de Breton Woods (em New Hampshire, Estados Unidos da América do Norte).

Entretanto, essa Organização, por ausência de aprovação do Congresso Norte-Americano, nunca se concretizou, mas iniciou-se a negociação da redução de tarifas e normas disciplinadoras das políticas comerciais dos Estados, cujo resultado

⁴⁸ CALDAS, Ricardo W.; AMARAL, Carlos Alberto A. **Introdução à globalização: noções básicas de economia, marketing & globalização**. São Paulo: Celso Bastos Editor: 1998. p. 128

⁴⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006. p. 43

⁵⁰ RI JÚNIOR, op. cit., p.118..

⁵¹ Fundo Monetário Internacional.

⁵² Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento.

⁵³ CORRÊA, Luiz Fernando Nigro. **O mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo**. Editora LTR: 2001. p. 47.

foi sintetizado no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, conhecido como GATT e firmado em 30 de outubro de 1947, que posteriormente deu origem a Organização Mundial do Comércio (OMC).

O GATT foi o meio encontrado não só para atender às demandas do próprio mercado, mas, principalmente para minimizar os problemas gerados pelos custos dos produtos, escassez de matéria-prima, perda de competitividade e alteração do paradigma da produção industrial baseada na concentração de commodities para o controle das tecnologias de processo.

Apesar da regulação do GATT, o mercado não atingiu o ideal de concorrência que buscava, até porque o Acordo Geral teve de excluir de seu corpo a agricultura, o que fez com que em 1955 os Estados Unidos adotassem o *Agricultural Adjustment Act*, que proibia a importação de produtos agrícolas e gerou no âmbito do GATT inúmeras críticas dos países em desenvolvimento e, assim, ocasionou a criação de um estatuto especial para o comércio de produtos agrícolas.

Nas rodadas de Dillon e Kennedy deu-se a liberação tarifária de vários produtos industrializados, mas os produtos agrícolas e têxteis, que mais interessavam aos países em desenvolvimento foram excluídos das negociações, e contrariamente as posições adotadas nessas duas rodadas, como lembra Ri Júnior, a Igreja se manifestou contra a corrosão que o sistema iria provocar na sociedade.

Nesse sentido, a Igreja apresentou críticas severas ao que parecia ser o renascimento do liberalismo (ou surgimento do neo-liberalismo”, afirmando que a lei do livre comércio não poderia reger sozinha as relações internacionais e que as pressões que se formavam ‘livremente’ no mercado internacional poderiam conduzir a resultados iníquos, e que o mercado deveria ser mantido dentro dos limites que o tornassem justo e moral, e, por consequência, mais humano.⁵⁴

Importa ressaltar que, mesmo diante das várias restrições impostas no âmbito do comércio internacional, os “mercadores” não se abateram e utilizando-se dos ágeis mecanismos que somente as relações comerciais são capazes de produzir, inovaram, passando a estabelecer novos requisitos para a comercialização de produtos no mercado internacional. Tal imposição de requisitos se operacionalizou pela criação de uma série de associações cujo objetivo, antes como hoje, é o de conferir selos de qualidade para os produtos ou certificados comprobatórios do atendimento de uma série de requisitos inerentes ao processo

⁵⁴ CORRÊA, op. cit., p. 143.

produtivo. Demonstrando-se, nesse passo, que a *lex mercatoria* continuava, e continua, a ser, conforme Lehfeld “pertinente na sistematização do comércio internacional”.⁵⁵

Dessa forma, o mercado estabeleceu um novo critério de seleção para os agentes do mercado. Esse critério de seleção alterou sobremaneira a estrutura do mercado, pois inseriu no meio empresarial um grupo específico de regras a serem atendidas para qualificar o participante sem o que o seu acesso a certos nichos de mercado fica reduzido.

Dessa forma, a partir da Rodada Tóquio, havida entre 1974 e 1979, as discussões no GATT se alargaram para contemplar, também, a temática das barreiras técnicas⁵⁶ ao comércio, que nada mais são do que regras a serem atendidas pelos interessados em negociar no mercado internacional. Seu objetivo era, como bem ressalva Ri Júnior, o de “iniciar a batalha contra os obstáculos não tarifários”⁵⁷, consistentes, também, nas barreiras técnicas impostas pelo comércio internacional. Tarefa árdua e que não foi completamente atingida, notadamente porque os Estados camuflavam tais obstáculos, mas a Rodada Tóquio conseguiu iniciar a desestruturação das barreiras não tarifárias incidentes no comércio internacional.

Importante ressaltar que, no grupo das barreiras não tarifárias encontram-se as “normas técnicas formuladas para atender às crescentes exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado”⁵⁸, para o que o mercado criou “um consenso entre os diferentes produtores acerca dos critérios de avaliação, mensuração, aferição comparação e documentação adotados”⁵⁹, cujo resultado é o surgimento de vários organismos, na sua grande maioria de natureza privada, cujo primordial objetivo é servir, conforme

⁵⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema Comercial Internacional: Mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação apud FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Novas vertentes do direito do comércio internacional**. Baueri, SP: Manole, 2003. p. 87.

⁵⁶ As barreiras técnicas, para o mercado mundial e, via de consequência para a OMC, consistem na imposição de restrição de importação de certo produto que não atenderia, em princípio, exigências quanto ao seu processo de produção, transporte, armazenamento, padrões ambientais, fitossanitários, ou seja, nada mais do que mera restrição ao comércio, não abarcadas por barreiras tarifárias.

⁵⁷ RI JÚNIOR, op. cit., p. 144.

⁵⁸ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros Editores: 1999. p. 145.

⁵⁹ Id.

Faria, de “instituição vigia”⁶⁰ relativamente ao atendimento dessas normas pelos agentes de mercado.

Mesmo que o mercado impusesse como exigência o atendimento das normas técnicas, fez-se necessária sua legitimação, o que ocorreu, como se verá, no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC. A OMC surge em um novo contexto mundial, alterado (i) pela queda do Muro de Berlim, em 1989, e (ii) pela desestruturação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e que, como lembra Ri Júnior, “trouxeram consigo os elementos políticos e econômicos necessários para implementar a grande transformação do GATT na OMC”, transformação que se daria na Rodada Uruguai do GATT.

Assim, tem-se que o tema acerca da fixação de regras ou normas técnicas para o comércio internacional toma uma nova dimensão, evidentemente diversa daquela ocorrida no período entre guerras, inicialmente na Rodada Tóquio, quando se semeia essa nova perspectiva e que terá sua concretização na Rodada Uruguai.

Em tal Rodada, que teve início em *Punta del Leste*, foram firmados dois acordos específicos nessa seara: Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS)⁶¹.

Veja-se que *prima face* tais acordos, nas palavras de Ferracioli, não deveriam “ser mais restritivos que o necessário para atingir os objetivos legítimos, que são, *inter alia*, imperativos da segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas e a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal, ou do meio ambiente”⁶².

Entretanto, cumpre esclarecer, como refletiu Lima, que

quando o TBT foi celebrado, trouxe consigo inovações importantes em relação ao *Standards Code*, que cuidava das regras sobre aplicação de barreiras técnicas somente no tocante aos produtos. Além de incorporar as normas já existentes, o novo acordo previu regras para os PPM (*Process and Production Methods*), ou seja, para os métodos de processamento e

⁶⁰ Id.

⁶¹ LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Barreiras técnicas ao comércio e a TPA**. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastécnicas>>. Acesso em: 04 abr. 2007, às 12:29.

⁶² FERRACIOLI, Paulo. **Negociações sobre barreiras técnicas**. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastécnicas>>. Acesso em: 04 abr. 2007, às 12:33.

produção⁶³.

Pelas normas técnicas o mercado obteve os limitadores que necessitava para restringir o número de *partners* capazes de atender às demandas por produtos e serviços. Para legitimar internacionalmente seus interesses, obteve a tutela internacional para esses limitadores através da OMC que passou a se utilizar, nas palavras de Ferracioli, de “normas internacionais como base para seus regulamentos técnicos”⁶⁴.

Os acordos internacional firmados no âmbito da OMC não estabelecem as minúcias que precisam ser atendidas para que os agentes econômicos pudessem distribuir seus produtos no mercado mundial. Esses acordos apenas impingem a necessidade de atendimento de normas técnicas. As minúcias são fixadas por instituições normalizadoras internacionais.

A OMC também não esclarece, e tal questão nunca foi definida com clareza no âmbito da Organização, quais seriam essas instituições normalizadoras internacionais a quem se incumbiu à obrigação de direcionar os regulamentos técnicos dirigidos aos membros da OMC. Mas, importante consignar que dentre as instituições de normalização internacionais aceitas pela OMC está a *International Organization for Standardization* (ISO), organismo responsável pela edição das normas ISO para certificação de processos de produção.

A ISO foi criada em 1947, em Genebra, cuja função principal era a de estabelecer normas para a padronização da qualidade dos produtos e serviços prestados pelas empresas ao mercado mundial.

A padronização técnica teve seu início na área de eletrotécnica, com a Comissão Internacional de Eletrotécnica, criada em 1906, posteriormente, surgiram outras comissões pra regulamentar a área de engenharia mecânica.

Em 1946, ou seja, no pós-guerra, representantes de 25 países se encontraram em Londres com o objetivo de criar uma nova organização internacional cuja principal função seria a de facilitar a coordenação internacional e a

⁶³ LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. Barreiras Técnicas ao comércio e a TPA. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação apud FERRACIOLI, Paulo. **Negociações sobre barreiras técnicas**. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>>. Acesso em: 04 abr. 2007, às 12:29.

⁶⁴ FERRACIOLI, op. cit., n. p.

unificação de padrões industriais para todos os atuantes no mercado⁶⁵.

Essa nova organização tomou o nome de ISO e é essa a expressão que deve ser utilizada para indicar a International Organization for Standardization, independentemente da língua dos países membros, que hoje são em número de 148.

A opção pela expressão ISO demonstra o ideário de padronização buscado pela organização, visto que se origina de uma palavra grega: “isos” cujo significado é igualdade. Nada melhor para representar o espírito das normas baixadas pela ISO, vez que o objetivo primordial da norma é que o produto obtido ao final do processo produtivo sempre detenha as mesmas características. Dessa forma, os fundadores da organização conseguiram não só padronizar o processo produtivo dos agentes de mercado, como também igualaram e padronizaram a forma de se referir a organização para as diferentes culturas e línguas mundiais.

Cada país participante da ISO se faz representar por um organismo nacional. No caso do Brasil essa representação se dá através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A ABNT é uma associação civil que compõe o SINMETRO - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão vinculado a oito Ministérios de Estado e do qual também participa o INMETRO e organismos certificadores credenciados.

Dessa forma, é pelo SINMETRO que se determina à ABNT a redação das normas que passam a vigorar no país, no que se inclui as normas ISO, que passam a impor uma série de regras a serem seguidas para os atuantes em determinados segmentos de mercado. Uma vez instituídas essas regras, que o SINMETRO e a ABNT denominam de normas, os agentes econômicos interessados em fazer parte de um universo padronização exigem o atendimento dessas normas em contratos das mais diversas naturezas, passando dessa forma a serem imposições “legais”, no mínimo, entre as partes contratantes.

⁶⁵ Conforme informações disponíveis em:<<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 08 maio 2007, às 16:00 h.

CAPÍTULO II – O SISTEMA DE NORMAS ISO COMO MECANISMO “NORMATIVO” UTILIZADO PELO MERCADO

2.1 O SISTEMA DE NORMAS ISO

Pode-se observar pelo contexto já exposto até o presente momento que o mercado se utiliza de vários mecanismos para limitar a disseminação de agentes atuantes no mercado, ou seja, busca limitar o número de concorrentes no mercado, o que se evidencia pela manutenção de monopólios em determinados setores econômicos.

A primeira forma se dá através do Estado e de seus meios de intervenção no domínio econômico, representadas pelas leis de limitação da concorrência, no caso do Brasil a Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994. Uma segunda forma, também subliminar, mas eficiente, se dá através da utilização do sistema de normas ISO, que cria um conjunto de privilégios de mercado para àqueles empresários detentores de certificados ISO.

A análise que se tecerá acerca do sistema ISO de normas tem por base a interpretação e aplicação de suas principais normas, notadamente da norma ISO 9000, que contém os conceitos básicos para todo o sistema, conceitos esses organizados como um verdadeiro glossário de termos técnicos, e que existem para auxiliar a compreensão das demais normas componentes do sistema, mas que não determinam formas de interpretação de seu conteúdo.

Importante consignar que o método utilizado para interpretar o sistema de normas ISO, dada a natureza do conteúdo das normas, é bastante limitado, sendo, entretanto, necessária à integração da ISO 9000 com as demais normas tanto da série 9000 quanto às da série 14000, sem o que a interpretação dessas últimas normas, de real aplicação prática, torna-se inviável, pelo que vale lição de Carlos Maximiliano:

Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.⁶⁶

E, tendo por base esse ensinamento é que se realizou a interpretação das

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 17.

normas que compõem o sistema de normas ISO. Para tal desiderato optou-se pela interpretação lógico-sistemática. Sistemática porque consiste, como leciona Coelho, “simplesmente em considerar o preceito jurídico interpretado como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve”⁶⁷. Tal método interpretativo prescinde a interdisciplinariedade e considera outros elementos da realidade para alcançar o objetivo pretendido com a interpretação.

Dada a natureza técnica das normas que compõem o sistema de normas ISO não se pode afastar o método interpretativo lógico, notadamente porque tal método tem como premissas básicas os princípios da identidade, da contradição, do terceiro excluído e da razão suficiente.

No caso das normas ISO, o princípio da identidade, pelo qual, nas palavras de Coelho “uma coisa é idêntica a si mesma”⁶⁸, se presta a auxiliar no cumprimento do objetivo almejado pela norma. Já o princípio da contradição tem por pressuposto exatamente o inverso, ou seja, aquilo que é alguma coisa não pode ser outra, ou é ou não é, o que conduz a atenção ao princípio do terceiro excluído, que importa em dizer ou a coisa é ou não é, não existe alternativa para uma terceira. Por fim, o princípio da razão suficiente, pelo qual, conforme Coelho, “nada ocorre sem que haja uma causa ou razão determinante”⁶⁹, é importante para compreender o alcance dos objetivos pretendidos pela norma, não só seus objetivos imediatos, quais sejam, a redução dos custos de produção dos empresários, como, também, para avaliar seus objetivos mediatos, consistentes na limitação da concorrência.

Diante do método interpretativo eleito para analisar o conteúdo das normas componentes do sistema ISO, é preciso esclarecer o surgimento e âmbito de atuação da ISO.

A sigla ISO apesar de identificar a *International Standardization Organization*⁷⁰ não foi escolhida a partir do nome da organização internacional. Ao contrário do nome da organização é que deriva a sigla. Isso porque o organismo internacional encontrou no radical grego ISO, que significa igual, o elemento determinante do que queria demonstrar com as regras que cria, qual seja, fornecer

⁶⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 215.

⁶⁸ Ibid, p., 210.

⁶⁹ Ibid, p., 211.

⁷⁰ Organismo internacional, com sede em Genebra na Suíça.

mecanismos e estabelecer requisitos para os empresários possam sempre colocar no mercado produtos e serviços que sejam sempre idênticos ou iguais, ou seja, realizados ou produzidos dentro dos mesmos critérios e parâmetros.

O objetivo primordial da *International Standardization Organization* é o de estabelecer um sistema de padronização para a fabricação de produtos ou prestação de serviços, bem como estabelecer, em algumas áreas do conhecimento, sistemas de padronização para produtos e serviços.

Nesse âmbito, a ISO institucionalizou um sistema de padronização que tem seus parâmetros mais conhecidos na série ISO 9000, da qual a mais famosa, a ISO 9001:2000 faz parte, bem como a ISO 14000, dedicada a estabelecer um sistema de preceitos para atendimento das normas ambientais.

Importa ressaltar as aproximações e distanciamentos entre o sistema de normas ISO e o conceito de sistema para o Direito, pois não é pertinente que sejam interpretados partindo-se das mesmas premissas.

Para se poder dizer que um dado sistema existe é necessário que se constate ser ele possuidor de unidade e ordem. Nesse sentido pode-se dizer que tanto o sistema jurídico quanto o sistema de normas ISO se aproximam.

Outro ponto de contato entre os dois sistemas é o uso corrente da expressão “igualdade”. Diz-se expressão porque o sistema de normas ISO, como já exposto se baseia integralmente na idéia de que todo o produto ou serviço que resulte de um processo produtivo deve ser igual. No entanto, o ideal de igualdade perseguido pelo sistema de normas ISO em nada se aproxima do princípio de igualdade utilizado pelo Direito,

O princípio da igualdade para o Direito se aproxima do postulado de justiça “de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença”, que permeia e orienta toda a obra de Canaris⁷¹ acerca do conceito de sistema na Ciência do Direito.

E é exatamente da observação do que a “igualdade” significa para o sistema jurídico e o que ela significa para o sistema de normas ISO que reside o maior distanciamento entre os dois.

Isto porque o sistema jurídico busca se prestar a atender a todos de forma

⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

igual e ainda de maneira diferente na medida da diferença de cada um, o que não ocorre com o sistema de normas ISO. A pretensão do sistema de normas ISO é a supressão dos diferentes, pois não podem ser aceites produtos ou serviços que não sejam idênticos entre si.

Sendo esse o ideal da norma ISO, então, tal sistema de norma prestigia a eliminação dos diferentes, o que, afronta o princípio da igualdade norteador do sistema jurídico porque, conforme leciona J. J. Gomes Canotilho, “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”⁷².

O fundamento da norma ISO para promover a distinção e exclusão dos desiguais se dá por regra de mercado que visa a redução dos custos operacionais inerentes ao exercício da atividade empresarial. Entretanto, tal preceito afronta o conceito jurídico do princípio da igualdade, pois, conforme J. J. Gomes Canotilho:

Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente para a violação do princípio da igualdade.

...

Ele costuma ser sintetizado da seguinte forma: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

...

O princípio da igualdade não proíbe, pois que a lei estabeleça distinções. *Proíbe*, isso sim, o arbítrio, ou seja, as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações fundadas em categorias meramente subjetivas....⁷³

A primeira vista pode parecer incompatível esse paralelo, pois o sistema jurídico tem por objeto o homem e o sistema de normas ISO tem por objeto bens (produtos e serviços). Todavia, basta observar o que a sociedade e o mercado exigem do ser humano para considerá-lo perfeito para que se conclua que o preceito de igualdade buscado pelo sistema de normas ISO é inconscientemente presente no cotidiano social. Os meios de propaganda apregoam um padrão que passa a definir

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina. 1995. p. 401.

⁷³ Id.

quem é bom, quem é feliz, quem é perfeito. O homem somente poderá atingir tais preceitos se atender a esses padrões, o que não deixa de ser a busca pela igualdade no final do processo produtivo, objetivo primordial das normas ISO, o que afeta a dignidade humana preceito constitucionalmente defendido pelo Estado brasileiro.

Diante do objetivo já apresentado do sistema de normas ISO, importa estabelecer pontos importantes relativamente a todo esse sistema.

O primeiro deles diz respeito à disseminação, no Brasil, da expressão “norma” que precede a sigla ISO. A expressão “norma” fixada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em momento algum é passível de confusão com aquela originada do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Tanto que a ABNT não expressa “norma” sem o qualificativo “técnica”, ou seja, seu objetivo não é o de criar normas de conteúdo coercitivo, emanadas a partir do processo legislativo constitucional.

A norma jurídica, como se apreende da obra de Kelsen⁷⁴, destina-se a modificar o estado das coisas e vale em decorrência dos efeitos que produz, e como explica Bobbio:

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi *violada*. É da natureza da prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser.⁷⁵

É dado ao sujeito a possibilidade de atender ou não ao imperativo normativo, sendo que o desatendimento poderá conduzir a aplicação da sanção. Neste aspecto a norma jurídica difere sensivelmente da norma ISO, cujo objetivo é o de estabelecer critérios a serem adotados para que se possa aferir se a forma, a apresentação de um certo trabalho, projeto, desenho atende ao que o próprio empresário entendeu como importante para o desenvolvimento de sua atividade econômica. As normas ISO são aplicáveis àqueles que tiverem interesse em obter um certificado ISO, sua aplicação é, portanto, uma opção do empresário.

Já as normas jurídicas submetem a sociedade ao seu atendimento porque providas de coerção e geram uma sanção, conforme leciona Bobbio:

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo. Edipro, 2005. p. 152.

A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das normas contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, ao invés dos fatos os princípios. Esta diferença, aliás, nos reconduz ao que tivemos ocasião de afirmar outras vezes, isto é, que sistema científico e sistema normativo se diferenciam pelo critério diverso, com base no qual se estabelece a pertinência das proposições no sistema, valendo, no primeiro caso, o critério da verificação empírica, no segundo caso, o princípio da autoridade.⁷⁶

Então, a norma ISO é desprovida de um critério de autoridade estatal que lhe impute a característica de “dever-ser” inerente as normas jurídicas.

A coerção, no caso das normas ISO decorre das práticas de mercado e não da autoridade estatal, que, como se verá, simplesmente corrobora um interesse manifestado pelo mercado.

Ao contrário, a “norma” ABNT, responsável pela publicação do sistema de normas ISO no Brasil, estabelece padrões que determinadas áreas do conhecimento devem adotar para a apresentação de seus trabalhos, projetos, desenhos, técnicas. Estabelece ainda padrões a serem adotados para aferir peso, medida, qualidade, quantidade, quando da realização de ensaios ou testes, ou seja, são efetivamente padrões técnicos e a expressão norma não contempla e não deve contemplar o conteúdo normativo de qualquer outra norma, princípio ou regra de Direito. Doravante toda menção à expressão “norma” quando se referir a norma, princípio ou regra de Direito, será feita em letra maiúscula “Norma” e toda referência ao sistema ISO, será feito por letra minúscula “norma”.

O segundo preceito relevante sobre o sistema de normas ISO, e que doravante se passará a analisar, deles diz respeito à ISO 9000. Certamente a série 9000, da qual a 9001:2000 faz parte, é a mais famosa e difundida dentre todas as normas geradas a partir da *International Standardization Organization*. O patamar de conhecimento comum e popular da ISO 9001 se deve notadamente a difusão dessa série pelos meios de comunicação, seja mediante reportagens de cunho meramente jornalístico, seja porque o meio empresarial a utiliza como forma de propaganda de seus produtos e serviços.

Questão também relevante para a difusão da série 9000 advém do fato de que a ISO 9000 serve de suporte para todo o sistema de normas, pois estabelece aspectos como fundamentos, vocabulário, forma de implementar as melhorias no

⁷⁶ BOBBIO, *Teoria da...*, p. 153.

desempenho, na documentação, no treinamento do interessado em obter qualquer um dos certificados ISO, a forma como se dão as auditorias de aferição quanto ao atendimento dos preceitos especificados e cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo empresário. E é em decorrência desses aspectos que a série 9000 serve de base para a análise do sistema de normas ISSO. É devido a essa característica abrangente da ISO 9000 que deve ser observada ainda que o interessado na certificação não pretenda obter um certificado ISO 9001:2000, ou seja, ele deverá pautar a obtenção de outros certificados, para quaisquer das normas que compõem as séries ISO, nessa norma específica.

Tanto é assim que na introdução da ABNT NBR ISO 14001:2004, atualização e esclarecimento relativamente à ABNT NBR ISO 14001:1996⁷⁷, a ABNT tece a seguinte consideração:

A segunda edição desta Norma busca o esclarecimento da primeira edição, para auxiliar o seu entendimento, e leva em consideração as disposições da ABNT NBR ISO 9001:2000, de maneira a aumentar a compatibilidade entre as duas normas, para benefício da comunidade de usuários.⁷⁸

E, além disso, em todo o texto da ISO 14001 encontram-se remissões diretas à ABNT NBR ISO 9001:2001, comprovando sua correção e a importância da ISO 9001:2001 sobre as demais normas, dado seu caráter geral e genérico.

Todavia, uma ressalva salutar e relevante deve ser tecida, até porque a publicidade e propaganda desenvolvida pelo meio empresarial não são claras nesse sentido. É senso comum e genérico, entretanto equivocado, que o empresário possuidor de certificação ISO fornece ao mercado um produto ou serviço com qualidade superior ao de seus concorrentes. Tal equívoco se funda precisamente no objetivo da ISO 9001:2001.

A leitura atenta da ISO 9001:2001 demonstra que seu objetivo não é o de propiciar produtos com certa e determinada qualidade e sim certificar que ao final do processo de produção, o produto seja sempre idêntico, isonômico⁷⁹, ou seja, toda

⁷⁷ No prefácio da ABNT NBR ISO 14001:1996 existe informação precisa no sentido de determinar que essa norma é equivalente à ISO 14001:2004.

⁷⁸ ABNT NBR ISO 14001:2004, p. v.

⁷⁹ A sigla ISO apesar de identificar a *International Standardization Organization* não foi escolhida a partir do nome da organização internacional. Ao contrário o nome da organização é que deriva da sigla. Isso porque o organismo internacional encontrou no radical grego ISO, que significa igual, o elemento determinante do que queria demonstrar com as regras que cria, qual seja, fornecer

unidade de determinado produto será igual às demais produzidas pelo mesmo empresário. Assim, o que a ISO 9001:2001 certifica é que certo empresário detém um processo de produção controlado que ao final colocará no mercado um produto sempre com as mesmas características, mas nunca que esse produto detém certa e determinada qualidade.

Importante consignar nesse passo que os requisitos de qualidade dos produtos são determinados por preceitos emanados de órgãos como o INMETRO⁸⁰, Fundação ABRINQ⁸¹, ABIC⁸² e não pelo sistema de normas ISO.

O que o sistema ISO 9000 certifica é que o empresário possui um sistema de gestão da qualidade que pode, ou não, atender a requisitos de fabricação, impostos ou não pelos clientes.

O sistema de gestão da qualidade representa a parte do sistema de gestão da organização cujo enfoque é alcançar resultados em relação aos objetivos da qualidade, para satisfazer às necessidades, expectativas e requisitos das partes interessadas, conforme apropriado.⁸³

Assim, quando a parte interessada for um cliente do empresário, que neste caso seria o fornecedor do produto, e esse cliente estabelecer determinados padrões para o produto que visa adquirir tais requisitos quanto a tipo de material que comporá o produto, suas dimensões, quantidades a serem fornecidas, passarão a ser relevantes para o sistema de gestão do empresário, e são denominados pelo sistema ISO 9000 como “requisitos do cliente”. Diante desses requisitos, o empresário fornecedor irá efetivar a produção de forma a atendê-los, notadamente no preceito de qualidade.

Então, como o sistema de normas ISO não certifica a qualidade do produto, poder-se-ia questionar qual seria seu mérito. Pode-se fixar como grande mérito do sistema ISO 9000 a rastreabilidade. O sistema ISO 9000 define rastreabilidade como sendo “a capacidade de recuperar o histórico, a aplicação ou a localização daquilo que está sendo considerado”⁸⁴. Em outras palavras a

mecanismos e estabelecer requisitos para os empresários possam sempre colocar no mercado produtos e serviços idênticos ou iguais, ou seja, isonômicos.

⁸⁰ Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

⁸¹ Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente.

⁸² Associação Brasileira da Indústria de Café.

⁸³ NBR ISO 9000:2000, p. 6.

⁸⁴ NBR ISO 9000:2000, p. 11.

rastreabilidade possibilita localizar quando, por quem, com quais materiais certo produto foi produzido. Ou seja, se um produto apresenta problemas, a rastreabilidade consegue determinar se esse problema se originou na matéria prima ou no processo produtivo. Se o problema origina-se na matéria prima todo o lote fabricado poderá ser considerado incompatível e imprestável. Se o problema tem origem no processo produtivo é possível determinar exatamente em qual ponto da produção ou qual fase da produção ele – o problema – ocorreu e, assim, determinar se todo o lote fabricado deverá ser desconsiderado ou se somente aquela peça apresenta o defeito.

Tal possibilidade é bastante relevante para processos produtivos realizados em grande escala e evita, notadamente para os fornecedores de bens de consumo, que alguns produtos problemáticos cheguem ao mercado consumidor, reduzindo a quantidade de danos que eventualmente poderiam causar à população em geral.

Nesse passo é possível aferir duas conclusões sobre o sistema de normas ISO: (i) que tal sistema não certifica produto e sim processo de produção e (ii) que não especifica requisitos para o produto ou para o processo, no sentido do “como fazer” o produto. O “como fazer” o produto é especificado pelo próprio interessado na obtenção da certificação.

Tanto é assim que a norma especifica os requisitos do sistema de gestão da qualidade e não os requisitos do processo produtivo ou do próprio produto.

Os requisitos do sistema de gestão da qualidade especificados nesta Norma são complementares aos requisitos para produtos.⁸⁵

O objetivo do sistema de normas ISO é

promover a adoção de uma abordagem de processo [de produção] para o desenvolvimento, implementação e melhoria da eficácia de um sistema de gestão da qualidade para aumentar a satisfação do cliente.

O objetivo do sistema de normas ISO significa primordialmente que:

A organização^{86 87} deve:

⁸⁵ NBR ISO 9001:2000, p. 1.

⁸⁶ Para a NBR ISO 9001:2000, o termo organização refere-se à unidade para a qual a norma NBR ISO 9001:2000 se aplica.

- a) identificar os processos necessários para o sistema de gestão da qualidade e sua aplicação por toda a organização,
- b) determinar a seqüência e interação desses processos,
- c) determinar critérios e métodos necessários para assegurar que a operação e controle desses processos sejam eficazes,
- d) assegurar a disponibilidade de recursos e informações necessárias para apoiar a operação e monitoramento desses processos;
- e) monitorar, medir e analisar esses processos, e
- f) implementar ações necessárias para atingir resultados planejados e melhoria contínua desses processo.⁸⁸

Ou seja, compete à própria organização - o empresário - apontar quais são os processos e critérios necessários ao seu sistema de gestão, organizá-los de forma que toda a sua organização compreenda tais requisitos, respeite-os e os utilize. Também deve monitorar o atendimento do sistema de gestão e implementar soluções para que o sistema de gestão funcione a contento.

Portanto, o sistema de normas ISO não estabelece quaisquer requisitos, impõe condições. A única condição imposta pela ISO para que o empresário obtenha a certificação é a de que ele – o empresário – conduza o processo produtivo exatamente como ele mesmo se comprometeu.

O sistema impõe também um requisito de controle da documentação emitida pelo empresário através de seu sistema de gestão. Assim, todo e qualquer documento emitido por ele, empresário, deve ser controlado, desde o manual de qualidade até contratos assinados, ordens de compra e pedidos aceitos têm de ser controlados.

Ao lado do sistema ISO 9000 e se utilizando de seus conceitos, definições, padrões e regras, vigora a ISO 14000, como já exposto.

O principal mérito da ISO 14001 é o cuidado com o meio ambiente.

Tal como o sistema 9000, a ISO 14001 estabelece que a organização deve atender aos requisitos legais, compreenda-se, nesse passo, atender à legislação ambiental. Para além, a ISO 14001 não visa alterar ou ampliar as obrigações legais impostas pelo Estado a determinado empresário, que, no âmbito ambiental, como se sabe, dependem do porte, natureza da atividade desenvolvida, local de instalação do ponto empresarial⁸⁹.

⁸⁷ Para a coerência do presente estudo deve ser entendida como ponto de venda, unidade fabril, loja, todas as unidades detidas por um mesmo empresário,

⁸⁸ NBR ISO 9001:2000, p. 4.

⁸⁹ O ponto empresarial, classicamente denominado de ponto comercial (chamado por muitos de propriedade comercial), consiste no lugar, espaço físico onde o empresário encontra-se situado e

Aplica-se aos aspectos ambientais que a organização identifica como aqueles que possa controlar e aqueles que possa influenciar. Em si, esta Norma não estabelece critérios específicos de desempenho ambiental”.⁹⁰

Pela utilização do sistema ISO 14001 o empresário busca minimizar e implementar o controle do impacto ambiental de sua atividade e de seus produtos e serviços no meio ambiente e pela certificação têm-se que o empresário se preocupa com o meio ambiente e seus empregados têm a certeza de que trabalham numa organização ambientalmente responsável.

Dentre os documentos emitidos em decorrência da ISO 14001 está a política ambiental do empresário que deve prever, também, a prevenção de emissão de poluentes e resíduos decorrentes do processo produtivo.

Pela prevenção o empresário

pode incluir a redução ou eliminação de fontes de poluição, alterações de processo, produto ou serviço, uso eficiente de recursos, materiais e substituição de energia, reutilização, recuperação, reciclagem, regeneração e treinamento.⁹¹

Os dois pontos de maior dificuldade para o empresário, principalmente no caso brasileiro em que a abundância legislativa dificulta a interpretação, são (i) o de determinar como os requisitos legais se aplicam a organização e (ii) conscientizar a equipe da necessidade de atendimento dos requisitos ambientais fixados pela organização.

No caso brasileiro a legislação ambiental é farta e disseminada. Veja-se que sobre o meio ambiente legislam todos os entes federativos: União, Estados e Municípios, de modo que existem diferenças legislativas em cada cidade do país, o que dificulta, não só a busca da legislação aplicável como a implementação de medidas ambientais de controle, que podem variar de uma unidade do empresário para outra, até dentro de uma mesma cidade.

Já a conscientização compreende, nos termos, da ISO 14001:

- a) estabelecer, implementar e manter procedimentos para fazer com que as pessoas que trabalhem para ela [organização] ou em seu nome estejam conscientes;
- b) da importância de se estar em conformidade com a política ambiental e com os requisitos do sistema de gestão ambiental,;

para o qual converge sua clientela. CAMPNINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro:Renovar, 2003. p. 309.

⁹⁰ NBR ISO 14001:2004, p. 1.

⁹¹ NBR ISO 14001:2004, p. 4.

- c) dos aspectos ambientais significativos e respectivos impactos ambientais ou potenciais associados com seu trabalho e dos benefícios ambientais provenientes da melhoria do desempenho pessoal;
- d) de suas funções e responsabilidades em atingir a conformidade com os requisitos do sistema de gestão ambiental, e
- e) das potenciais conseqüências da inobservância de procedimento(s) especificado(s).⁹²

Assim, a conscientização passa desde o atendimento dos requisitos da política ambiental cujos critérios são fixados pelo empresário, até a separação de resíduos reutilizáveis, recicláveis ou recuperáveis, tanto dentro da organização como nos próprios lares dos empregados. Dessa forma, de fato, o empresário cumpre um papel social relevante que não se restringe às “quatro paredes” do estabelecimento empresarial.

Pode-se dizer, então, que as normas que compõem o sistema de normas ISO se prestam a limitar a concorrência, já que a interpretação e a obtenção do certificado, como se demonstrará, implicam em diversos custos diretos e indiretos para sua implementação e manutenção, o que, dadas tais circunstâncias afastam a possibilidade de obtenção do certificado por micro e pequenos empresários. A limitação da concorrência orquestrada pelo sistema de normas ISO é alcançada pela utilização da igualdade, da identidade entre os produtos ou serviços, de forma que a ausência da pretensa igualdade afasta do empresário as possibilidades de negócios disponibilizados pelo mercado.

O objetivo primordial do sistema de normas ISO é o de fornecer ao empresário mecanismos de desenvolver, implementar e controlar um sistema de gestão para todo o seu processo produtivo que vise atender aos requisitos de qualidade impostos pelo mercado, concedendo a esse empresário a possibilidade de acesso a mercados internacionais relevantes.

A importância da obtenção do certificado se revela no âmbito internacional diante do consenso geral no sentido de que o empresário ideal é o que pode atuar e fazer ingressar seus produtos e serviços em grandes mercados consumidores, porque detém boas práticas de gerência e gestão da qualidade e meio ambiente, possui condições de rastrear todo o seu processo produtivo, podendo garantir seus produtos e serviços dentro de um padrão isonômico de fornecimento.

Entretanto, mesmo diante dos usos e costumes empresariais que sempre

⁹² NBR ISO 14001:2004, p. 6.

regulamentaram as relações dessa natureza desde a Antiguidade, o mercado se viu diante da necessidade de legitimar a implementação e exigência do sistema de normas ISO. Essa imposição se deu pela fixação de acordos multilaterais no âmbito das organizações supranacionais, notadamente através da Organização Mundial do Comércio, que dados seus objetivos e interesses dos países que a compõem, serve de fórum qualificado para esse desiderato.

2.2 OS ORGANISMOS MULTILATERAIS INTERNACIONAIS E A DISSEMINAÇÃO DO SISTEMA DE NORMAS ISO

Tendo como pano de fundo a Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), a mais importante das rodadas de negociações comerciais já realizadas, na qual os Estados participantes lançaram as bases para a constituição da Organização Mundial do Comércio (OMC⁹³) em janeiro de 1995.

Nesse contexto, a Rodada Uruguai, atualmente através da OMC, fixou regras a serem observadas no comércio internacional. Tais regras têm como mote a garantia das condições gerais de competição no mercado internacional. Os objetivos dessas regras são amplos e prevêem maior previsibilidade das condições de operação no comércio internacional, maior acesso aos mercados e a competição justa, objetivos esses que carregam por traz de si duas das maiores premissas básicas do comércio internacional: a não-discriminação e a reciprocidade.

Entretanto, o que se evidenciou na Rodada Uruguai, que levou anos para chegar à sua conclusão, foi que os regulamentos técnicos e normas emanadas dos diversos Estados criavam obstáculos ao comércio internacional. Os agentes de mercado, então, conseguiram obter alterações nos tratados e acordos internacionais comerciais até então em vigor para modificar a aplicação de regulamentos técnicos nacionais de cada país para situações em que se entendia não ser viável ou aplicável tal regulamento, por obsoleto ou incompatível com o segmento de mercado que visava regulamentar. Esses regulamentos consistem em barreiras não tarifárias ao comércio internacional e precisam ter seu campo de aplicação limitado, de forma a permitir uma ampla e irrestrita circulação de bens e serviços no mercado

⁹³ O Brasil é um dos membros fundadores da OMC.

internacional.

Nesse passo urge esclarecer de forma mais precisa e objetiva o que vêm a ser as barreiras técnicas existentes no mercado internacional.

Barreiras técnicas, então, nada mais são do que critérios de conteúdo técnico que se não atendidos impedem que um produto seja recebido ou enviado de um dado produtor a um dado fornecedor.

O Acordo, já no seu preâmbulo, é claro no sentido de buscar evitar a inserção de barreiras técnicas ao comércio internacional, visto que seus objetivos principais consistem em (i) reconhecer a importância da contribuição das normas internacionais e sistemas de avaliação da conformidade para o aumento da eficiência da produção e facilitar o curso do comércio internacional; (ii) não impedir que os países tomem medidas necessárias a assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, do meio ambiente ou para a prevenção de práticas enganosas, nos níveis considerados apropriados e desde que não constituam discriminação arbitrária ou injustificável; (iii) a necessidade dos Estados protegerem os interesses essenciais em matéria de segurança nacional; e, (iv) que a normalização internacional contribui para à transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.

A aplicação das normas internacionais, em detrimento de outras emanadas dos membros da OMC, fica patente quando se atenta para a redação do item 2.4 do Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio, ou seja, sobre as barreiras não tarifárias:

2.4 – Quando forem necessários regulamentos técnicos e existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva for iminente, os Membros utilizarão estas normas, ou seus elementos pertinentes, como base de seus regulamentos técnicos, exceto quando as normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam um meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, por exemplo, devido a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais.⁹⁴

Tem-se que as normas e regulamentos internacionais devem prevalecer na formulação e orientação de regulamentos técnicos para a implementação de requisitos à produção e circulação de bens e serviços criados e institucionalizados

⁹⁴ Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio.

por um dos países membros.

Não bastasse tal disposição o item 2.6 do Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio determina, “com o objetivo de harmonizar o mais amplamente possível os regulamentos técnicos”⁹⁵, que os membros do Acordo devem participar “integralmente, e dentro dos limites de seus recursos, da preparação, pelas instituições de normalização internacionais apropriadas, de normas internacionais para os produtos para os quais tenham adotado, ou prevejam adotar, regulamentos técnicos”.⁹⁶

O Acordo prevê, ainda, que a implementação das previsões contidas em seu artigo 2 devem ser implementadas por “instituições que não sejam do governo central.”

Advém dos preceitos contidos nos itens 2.6 e 3.5 o mote para a participação do Brasil, através da ABNT, como membro ativo da ISO.

Os membros signatários do acordo devem tomar medidas para que as instituições de normalização de seus respectivos países aceitem e cumpram o Código de Boa Conduta para Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas que complementa o Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio e consta de seu Anexo 3, ao mesmo tempo em que devem impedir ou encorajar suas instituições de normalização a agirem de forma incompatível com referido Código e tal obrigação se impõe mesmo que a instituição de normalização não concorde com os requisitos para elaboração e edição de normas previstas no acordo. Ou seja, a obrigação imposta pelo Acordo ao membro signatário implica que ele – membro signatário – tome medidas para que toda e qualquer instituição de normalização, seja pública ou privada, atuante em seu território, aceite e adote o Código de Boa Conduta.

O Acordo estabelece, além dos padrões de normalização para produtos e serviços, princípios para que seus membros signatários estabeleçam normas técnicas para avaliação da conformidade. A avaliação da conformidade⁹⁷ é um dos conceitos típicos emanados da ISO 9000, que consiste em realizar uma avaliação com objetivo precípuo de se saber se o produto ou serviço atende aos requisitos

⁹⁵ Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio.

⁹⁶ Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio.

⁹⁷ Nos termos do Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio avaliação de conformidade é qualquer procedimento utilizado, direta ou indiretamente, para determinar que as prescrições pertinentes de regulamentos técnicos ou normas são cumpridos.

estabelecidos, seja pelo próprio fornecedor do produto ou por terceiros. Quando o produto ou serviço está “não-conforme” significa que ele não atende aos requisitos impostos e, portanto, poderá vir a ser descartado⁹⁸.

Observa-se também, no que pertine aos padrões de avaliação da conformidade a obrigação dos membros de participarem, no limite de suas disponibilidades, da preparação e elaboração das normas internacionais de avaliação da conformidade. Isso se exige porque o Estado, membro signatário do Acordo, não pode realizar uma análise de conformidade mediante de preceitos que não sejam internacionalmente aceitos. A opção de não realizar a avaliação da conformidade dessa forma, ou seja, somente com estrita relação as regras internas emanadas das instituições de normalização do Estado membro, somente é possível nos casos de (i) imperativos de segurança nacional, (i) prevenção de práticas enganosas; (i) proteção de saúde ou segurança humana, animal ou vegetal, ou do meio ambiente, (iii) fatores climáticos ou (iv) outros fatores geográficos fundamentais e, por fim, (v) problemas fundamentais tecnológicos ou de infra-estrutura.

O Acordo ainda prevê que a avaliação de conformidade realizada pelos Estados membros, tendo por base seus critérios e regras de normalização, serão aceitos por outros Estados membros ainda que tais critérios e regras de normalização difiram das emanadas do Estado que receberá o produto ou serviço.

Entretanto, a aceitação de critérios fixados pelos Estados para a avaliação da conformidade de produtos que devem ser divulgadas de sorte que todos àqueles interessados em negociar com esses países possam compreender tais critérios e aplicá-los em seus processos produtivos. Contudo, a divulgação ampla e irrestrita desses critérios não basta para elidir as dificuldades vinculadas à interpretação de tais critérios o que gera problemas de adequação de procedimentos diversos durante a fabricação de produtos ou a prestação de serviços.

Visando evitar esse conflito entre normas, o mercado passou a adotar como padrão único para avaliação de conformidade de produtos e serviços: as regras do sistema de normas ISO.

Observa-se, porém, que o mercado não é o único a buscar um padrão uniforme para a normalização; o próprio Acordo estabelece que todos os termos

⁹⁸ O descarte do produto ou do serviço somente será efetivo quando se detectar a existência de um defeito. Defeito, para fins da ISO 9000, consiste no “não atendimento a um requisito relacionado ao uso pretendido ou especificado”. Norma ISO 9000:2000, p. 11.

gerais e definições referentes à normalização e atividades correlatas terão o significado constante da edição do Guia ISO/IEC 2: 1991.

Ou seja, o sistema de normas ISO serve de padrão para a própria interpretação do Acordo, de forma que, a previsão nele contida serve de substrato para a aplicação irrestrita do sistema de normas ISO.

Mas a atuação da ISO não se restringe a servir de base para a interpretação e aplicação comparativa de conceitos básicos previstos no Acordo. O papel da ISO vai além. Isso porque no item “C” do Código de Boa Conduta está previsto:

C. As instituições de normalização que tenham aceito ou denunciado este Código notificarão este fato ao Centro de Informações da ISO/IEC em Genebra. A notificação incluirá o nome e o endereço da instituição em questão e o escopo de suas atividades correntes e planejadas de normalização. A notificação poderá ser enviada diretamente ao Centro de Informações da ISO/IEC, seja por meio da instituição nacional Membro da ISO/IEC, seja, preferivelmente, por meio do Membro nacional ou afiliado pertinente da ISONET conforme apropriado.⁹⁹

Ou seja, a ISO também tem um papel de controle da aceitação das regras de normalização emanadas das instituições de normalização responsáveis em cada um dos Estados membros, bem como da aceitação ou não por essas mesmas instituições do Código de Boa Conduta para Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas anexo ao Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio.

No Brasil, repise-se a tarefa de instituição nacional de normalização está a cargo da ABNT que atende a todos os requisitos do Código de Boa Conduta para Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas e é membro da ISO. Dessa forma, o Brasil é um dos muitos países do mundo que se utilizam dos padrões ISO para redigir suas normas técnicas, como, também, utilizam as próprias normas que são traduzidas pela ABNT.

A estrutura organizacional da OMC contempla a existência de um Comitê para avaliação das barreiras técnicas ao comércio. Esse Comitê a cada três anos emite uma lista dos padrões internacionais relevantes e um guia dos procedimentos de avaliação da conformidade.

Desta lista constam várias normas internacionais para avaliação de produtos, serviços e conformidade de produtos e serviços, bem como de sistemas

⁹⁹ Código de Boa Conduta para Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas, Anexo ao Acordo sobre Tarifas Técnicas do Comércio.

de gestão. Dentre elas consta a ISO 9001:2000 que deve ser aplicada para verificação da calibração de equipamentos de medição da indústria e para a avaliação do sistema de gestão de qualidade.

Com a lista confirma-se que a OMC se apóia na ISO para a fixação dos padrões de qualidade a serem adotados para o comércio internacional. Tanto é verdade que a ISO veicula em sua página na internet que a ISO mantém uma relação muito próxima com a OMC¹⁰⁰.

Pela interpretação chega-se a conclusão de que todo *partner* atuante no mercado, seja direta ou indiretamente, está obrigado a atender ao sistema de normas ISO sob pena de se ver excluído do comércio internacional.

A exigibilidade de atendimento do sistema de normas ISO tem amparo no Código de Boa Conduta para Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas e, por via de consequência, no Acordo sobre Tarifas Técnicas ao Comércio, notadamente porque o objetivo maior do Acordo é do evitar que as regras nacionais possam se constituir em barreiras ao comércio internacional, o que, na visão dos Estados membros do Acordo, evitar-se-ia pela adoção de normas internacionais desenvolvidas por órgãos supranacionais como a ISO.

Nesse sentido verifica-se no âmbito internacional aplicação cada vez maior do sistema de normas ISO, e, de fato, a Rodada Uruguai obteve êxito na redução das várias barreiras tarifárias incidentes sob os produtos em circulação no mercado internacional, mas não elimina a predominância quase incondicional do sistema de normas ISO, ao contrário, a reforça.

Além dos principais acordos firmados no âmbito da OMC, como já se explicitou, importa ressaltar que na Rodada Uruguai foram firmados outros em diferentes áreas de atuação da OMC.

Estes são relativos a) redução de obstáculos técnicos ao comércio; b) à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias; c) à determinação do valor da mercadoria nas aduanas; d) às inspeções antes da expedição; e) à concessão de licenças de importação; f) às medidas de salvaguardas; g) ao *antidumping*.¹⁰¹

De todos os acordos, o que tem vinculação ao presente estudo é o relativo “às inspeções antes da expedição”. Isso porque a aprovação do atendimento do sistema de normas ISO demandava que os países fizessem inspeções antes da

¹⁰⁰ Disponível em: <www.iso.com.>. Acesso em: 22 maio 2008.

¹⁰¹ RI JÚNIOR, op. cit., p. 155..

liberação das mercadorias. Entretanto, os países pobres, subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento não detinham condições de realizar tais inspeções e necessitavam de empresas privadas para realizar tal tarefa. O objetivo do acordo era dispor sobre as práticas de verificação das mercadorias e, assim, evitar a fraude comercial e o não pagamento de direito aduaneiros. O que não limita o uso do sistema de normas ISO, mas serve de proteção para os países mais pobres e evita danos ao comércio. Denota-se, assim, que o maior interesse é o de proteger o mercado.

Não bastasse o reforço das normas internacionais para a aplicação do sistema de normas ISO, alguns mercados, como forma de proteger determinadas atividades econômicas desenvolvidas em seu interior, impõem as normas ISO para o ingresso de produtos e serviços estrangeiros, o que ficou plenamente comprovado pelos recentes resultados da Rodada Doha da OMC¹⁰² que resultou infrutífera em termos de acordo para redução de tarifas sobre determinados segmentos de produtos.

A tendência protecionista dos países está ao lado da limitação da concorrência pretendida e executada através do sistema de normas ISO.

O reforço do sistema de normas ISO se dá, ainda, no âmbito da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Bens Móveis de 1980, que estabelece especificamente as obrigações e direitos das partes contratantes, sendo comum no comércio internacional que as partes contratantes estabeleçam os padrões e limites de qualidade que devem ser atendidos pelo fornecedor.

Nos negócios internacionais é muito comum que os modelos contratuais contenham dispositivos que limitem a responsabilidade das partes, que procuram assim restringir ao máximo seus riscos e garantir a qualidade de mercadorias e serviços. Dessa forma, os particulares, se valendo do princípio da autonomia da vontade que lhes confere a liberdade contratual para dar forma ao conteúdo do contrato, criam normas materiais que irão regular a própria relação contratual e seus procedimentos recíprocos futuros.¹⁰³

Observa-se que especificamente na Secção II – Conformidade das Mercadorias e Direitos ou Pretensões de Terceiros –, a Convenção prevê, em seu artigo 35, item 1 que o vendedor deve entregar as mercadorias tal como pactuado

¹⁰² Folha de São Paulo. **Dinheiro**. Entenda o fracasso das negociações. São Paulo, quarta-feira, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3007200808.htm>>. Acesso em: jul. 2008.

¹⁰³ BRANCO, Luizela Gradino B. **A arbitragem nos contratos internacionais**. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2008.

no contrato, e, no item 2 está previsto o que se compreende por conformidade da mercadoria entregue com o contrato:

2. Salvo se as partes tiverem acordado noutra coisa, as mercadorias só estão conforme ao contrato, se:

a) forem adequadas às finalidades para as quais seriam usadas habitualmente mercadorias do mesmo tipo,^{104 105}

Ou seja, a Convenção adota em seu texto o conceito de “defeito” previsto na ISO 9000:2000, ao determinar que mercadoria defeituosa é aquela que não se prestará ao fim a que se destina. Conceito esse que se coaduna com o conceito de defeito previsto na norma ISO 9000 e que comprova a presença do espírito da norma ISO na convenção. Demonstra-se, assim, o interesse do mercado se utilizar de preceitos que visem à limitação da concorrência através da imposição de barreiras não tarifárias. Barreiras essas que, dada sua natureza passaram a incorporar o cotidiano no meio empresarial como usos e costumes e dificilmente serão objeto de discussão no âmbito da OMC para sua revogação, até porque, tomando-se em contato o conceito econômico de contrato, elas se prestam a alocar eficientemente o risco da transação, promover incentivos para os mais eficientes e economizar os custos da transação, como explica Enzo Roppo e outros:

“Contrato” é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa.

...

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação econômica*.

...

Como demonstração, basta reflectir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta, a palavra “contrato” é, as mais das vezes, empregue para designar a operação econômica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o “negócio” em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a

¹⁰⁴ Tradução livre: 2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they: (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

¹⁰⁵ Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de bens móveis de 1980.

mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica.¹⁰⁶

A força de tais preceitos se mostra evidente na própria Convenção de Viena, que não se restringe a impor condições de conteúdo aberto, ela estabelece claramente a responsabilidade do vendedor pelas não conformidades existentes nas mercadorias e que sejam decorrentes de sua manufatura.

Artigo 36

1. O vendedor é responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer falta de conformidade que exista no momento da transferência do risco para o comprador, ainda que esta falta apenas apareça posteriormente.

2. O vendedor é igualmente responsável por qualquer falta de conformidade que sobrevenha após o momento indicado no parágrafo anterior e que seja imputável ao incumprimento de qualquer de suas obrigações, aí incluída a não satisfação da garantia de que, durante um certo período, as mercadorias permanecerão adequadas à sua finalidade normal ou a uma finalidade especial ou conservarão qualidades ou características especificadas.¹⁰⁷

O conceito de conformidade para mercadorias é um conceito especificado pela ISO 9000:2001, portanto, a interpretação da avaliação da conformidade no âmbito da Convenção deve se dar a parte dos padrões e requisitos ISO, o que certamente não é desconsiderada ou desprezada pelo mercado.

É inafastável, então, a importância do sistema de normas ISO para o comércio internacional, ainda que seja uma barreira técnica camuflada pelo próprio mercado, para o que o GATT foi extremamente importante.

Importante ressaltar que o papel do GATT, ao final da Segunda Guerra Mundial, era o de obter a cooperação comercial internacional – apesar de não ser esse seu objetivo basilar –, de forma a aumentar a interdependência entre os países, mesmo que a existência de barreiras técnicas pudessem limitar a participação de alguns dos concorrentes do mercado, acreditava-se que a interdependência ajudaria a reduzir os riscos de um novo confronto armado mundial.

Dessa forma, o GATT, redigido basicamente pelos Estados Unidos e pela

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 7/8.

¹⁰⁷ Tradução livre: Article 36. (1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time. (2) The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.

Inglaterra, apresenta como seu principal objetivo diminuir barreiras comerciais de forma a garantir acesso mais equitativo por parte de seus signatários ao mercado. Ou seja, seu objetivo em momento algum foi o de promover o livre comércio. Isso se mostra ainda mais claro pelo uso de regras uniformes e padronizadas, dentro ou não dos critérios ISO, o que se constitui como um mecanismo para a limitação do número de *partners* no mercado e via de conseqüência da própria concorrência.

A imposição de normas para o ingresso e participação no mercado é certamente uma forma de limitação da concorrência, pois, os custos envolvidos e despendidos pelos empresários para obter a certificação demonstram que ser titular de um certificado ISO é para poucos.

2.3 CERTIFICAÇÃO ISO: OBTENÇÃO E MANUTENÇÃO

A análise ora desenvolvida se baseia primordialmente na interpretação das normas que compõem o sistema ISO, notadamente da norma ISO 9000:2001; ISO 9001; ISO 14000 e ISO 14001.

Como o sistema de normas ISO não contempla critério valorativos de interpretação, e a ISO 9000:2001 apresenta, como já explicitado, apenas glossário dos conceitos técnicos utilizados pelo sistema, a aplicação das normas, como se verá, levará em conta os objetivos buscados pelo empresário, conduzindo à utilização do método de interpretação lógico-sistemático, tomando-se como parâmetro o mesmo método utilizado para interpretação das normas componentes do ordenamento jurídico, conforme Francisco Cardozo Oliveira:

Para a interpretação de natureza lógico-sistemática interessa a relação entre um determinado texto legal e o das demais regras positivadas no ordenamento jurídico. O sentido literal de uma determinada lei deve estar de acordo com o contexto de sentido subjacente ao conjunto de textos integrantes do ordenamento jurídico. A concordância é inferida através de relação estabelecida entre o sentido literal possível de um texto legal específico e o sentido literal mais amplo que pode ser lógica e sistematicamente deduzido do conjunto de leis positivas.¹⁰⁸

A base da interpretação é a norma ISO 9000:2001 que contempla os conceitos gerais para todas as demais normas do sistema ISO comumente utilizadas para aferição e determinação da qualidade de produtos e serviços de forma a

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

atender não só os preceitos exigidos no mercado nacional como no internacional.

Tendo em vista a base interpretativa utilizada, observa-se que, quando um empresário decide, seja porque se depara com exigências contratuais ou porque pretende melhorar seus controles internos, obter a certificação ISO, inicia-se para ele um verdadeiro processo de transformação organizacional.

Após a leitura das “normas” que compõem o sistema de normas ISO, o empresário deverá refletir sobre os objetivos que pretende atingir com o sistema de gestão da qualidade ou gestão ambiental.

Com a fixação dos objetivos tem início a seleção dos processos que, diante desses objetivos, serão aplicados pelo empresário para que ele tenha um sistema de gestão da qualidade ou ambiental em conformidade com o sistema de normas ISO.

Entretanto, da leitura da norma não é possível extrair indicativos para dizer como são selecionados os processos, nem como devem ser descritos. O sistema de normas ISO apenas indica que todos os processos e procedimentos devem ser documentados, o que significa devem ser reduzidos a termo.

Nesse passo o empresário conclui que nem ele nem sua equipe estão completamente aptos a redigir os processos e procedimentos e a conduzir sozinhos, sem qualquer auxílio, o processo para obtenção da certificação. Vê-se, assim, obrigado a contratar um profissional especializado em sistema de gestão ISO para auxiliar na implementação de seu sistema. Esse profissional é um consultor que já passou por diversos processos de certificação, juntamente a diversos empresários, de pequeno, médio e grande porte, e é ele que orientará o empresário na forma como conduzir as atividades até a obtenção do certificado ISO. A contratação desse profissional consiste no primeiro custo em que o empresário incidirá até a obter a certificação.

Com o auxílio do consultor, o empresário revisa os objetivos que quer atingir com o sistema de gestão, elege uma equipe de trabalho cujas tarefas diárias serão acumuladas com as tarefas de implementação do sistema de gestão ISO.

Neste ponto reside outro custo relevante em que incorrerá o empresário que visa obter a certificação ISO. Se parcela de seus empregados serão locados para compor uma equipe de trabalho com vistas a obter a certificação, e essa equipe via de regra divide seu tempo nas atividades profissionais que sempre desempenhou e as acumula com outras vinculadas ao objetivo de obtenção da certificação, certamente ocorrerá de dois fatos um deles: ou (i) o profissional não

dará mais conta de suas tarefas diurnas ou (ii) o empresário incorrerá em horas extraordinárias desses empregados, com todas as limitações e conseqüências impostas pela legislação trabalhista. Para evitar o descumprimento de tarefas e as horas extras, o empresário se obriga a contratar mais pessoas para dar conta do incremento, bastante significativo, de tarefas que o processo de obtenção da certificação o levará a incorrer.

A primeira tarefa da equipe ISO e do consultor será a de fazer um treinamento para todos os empregados do empresário com vistas a explicitar como se darão os trabalhos de certificação, o que cada um deve esperar e como deve se preparar para as tarefas iniciais do processo de certificação.

Vencida a etapa do primeiro treinamento, a equipe de trabalho e o consultor identificarão e definirão os processos que, tendo-se em vista os objetivos a serem atingidos, deverão ser descritos, controlados e auditados.

Todas as áreas envolvidas no processo produtivo deverão se manifestar informando como fazem suas tarefas, explicitando minuciosamente a forma como são executadas. Essa manifestação se dá mediante de entrevistas prestadas ao consultor e a equipe de trabalho¹⁰⁹. Ao final da entrevista, anotados os pontos, a equipe ISO pedirá ao entrevistado, seja em que posto de trabalho for, que ele elabore dois documentos, o primeiro deles um fluxograma de suas atividades e outro uma descrição escrita dessas mesmas atividades. O titular do posto de trabalho será orientado no sentido de escrever minuciosamente suas atividades. Efetivamente essa forma de trabalho pode variar de equipe ISO para equipe ISO, mas, via de regra, é a forma mais direta e rápida de obter a documentação de que tratam as “normas” componentes do sistema de normas ISO, e os requisitos do sistema de gestão.

Uma vez entregue o fluxograma e a descrição detalhada das tarefas executadas em cada posto de trabalho, a equipe ISO irá comparar o resultado escrito com a entrevista realizada a fim de verificar inconsistências. Normalmente o que a equipe observa é que, quando as pessoas envolvidas no processo são obrigadas a reduzir a termo como executam suas atividades vários pequenos passos aparecem, passos esses cuja execução sequer era percebida pelo profissional.

¹⁰⁹ Para facilitar à compreensão a equipe formada pelo consultor e equipe de trabalho será doravante denominada equipe ISO.

Concluída essa atividade, a equipe irá confrontar a forma como cada profissional exerce suas atividades de modo a constatar se todos os passos executados estão de acordo com os objetivos estabelecidos pelo empresário para o sistema de gestão, e, caso não estejam, irão solicitar ao profissional que execute “ações corretivas” de suas atividades a fim de enquadrá-la nos objetivos buscados pelo empresário. E nesse ponto está o primeiro obstáculo que a equipe de trabalho irá ter de vencer: a resistência dos empregados. Para o empregado são incompreensíveis os motivos – ainda que conscientemente ele saiba que a alteração solicitada é para a obtenção da certificação – que ele deve mudar seu *modus operandi*. Apesar de saber que o objetivo da alteração é a certificação, a equipe descobre neste momento o sentido exato da expressão “o ser humano é avesso a mudanças”, todos compreendem a necessidade de mudar, mas existe uma dificuldade inerente ao ser humano que precisa ser vencida.

É neste ponto surge mais um custo para o empresário, que precisa investir em treinamento do pessoal para poder inculcar, até que se torne instintiva, a necessidade de modificar o “como executar” as tarefas.

Veja-se que, uma vez descritos os processos, procedimentos e ordens de trabalho, toda e qualquer pessoa que ocupar o posto de trabalho deverá executá-las exatamente como consta dos documentos pertinentes. A execução de tarefas de forma diversa pode gerar uma “não conformidade” e redundar na perda do certificado ISO pelo empresário.

Durante todo esse processo, a equipe de trabalho verificará os elementos críticos dos processos empresariais detidos pelo empresário com vistas a solicitar alterações. Essas alterações podem ser de ordem organizacional com mudanças de *lay-out* ou de engenharia civil. A implementação de obras civis poderá, por exemplo, gerar a alteração de escadas, criação de rampas de acesso, aumento das áreas dos banheiros, construção de ambulatórios, cozinhas e outras dependências que, segundo a legislação ambiental ou do trabalho, possam se fazer necessárias para o atendimento das leis em vigor no país, o que, certamente, gerará custos para o empresário. Esses custos não são somente de ordem econômica decorrentes das obras pura e simplesmente, muitas vezes é necessário fechar o ponto empresarial por alguns dias a fim de executar determinadas tarefas, o que implica perda de receita.

Quando o objetivo do empresário é obter uma certificação ISO 14001,

norma ISO vinculada ao atendimento da legislação ambiental, existe uma necessidade adicional que, no Brasil, é extremamente difícil de ser executada internamente pelo empresário: o controle da legislação. Como já se disse, no Brasil todos entes federados, União, Estados e Municípios, legislam sobre o meio ambiente, o que dificulta sobre maneira a atividade de controle da legislação ambiental. Para vencer esse obstáculo existem empresários que criaram softwares de controle da legislação e os disponibilizam ao mercado, mediante contrato contínuo, uma vez que a legislação se altera diuturnamente. Quando o empresário tem somente um ponto empresarial, em um único Município, o procedimento é mais fácil, mas, quando muitos são os pontos empresariais, a dificuldade aumenta e existe a necessidade de controles mais eficazes.

Nesse passo importa consignar que surgiu no mercado uma série de produtos tecnológicos, na área da informática, para controle de legislação e verificação dos requisitos que determinado empresário precisa atender para estar de acordo com os preceitos legais e, assim, conseguir atender aos requisitos da norma ISO 14001. Entretanto, tais programas de computador possuem um custo de manutenção significativo, que devem ser agregados aos demais custos em que incorrem os empresários para propiciar a manutenção do certificado.

No momento em que o sistema de gestão está praticamente pronto, o empresário, através dos membros da direção, irá avaliá-lo de forma a verificar os procedimentos identificados, implementados e mantidos, as distribuições das responsabilidades, e a eficácia dos procedimentos para atingir o resultado. Qualquer inconsistência gerará a necessidade de alteração dos procedimentos, de responsáveis, redação de novos documentos, até que o empresário consiga visualizar que o sistema de gestão espelha exatamente os objetivos por ele pretendidos.

Do exposto é possível concluir, sem sombra de dúvida que, são muitos os documentos gerados pelo sistema de gestão. Cada posto de trabalho tem descrito minuciosamente como executar suas atividades, existem registros de todos os documentos utilizados pela organização, tudo é documentado. Cada documento emitido, desde contratos, ordens de serviços, até pedidos de clientes e ordens de compra são controlados. Todos os documentos devem ser arquivados em ordem tal que indique o setor a que corresponde, o responsável pelo arquivamento, o tipo de arquivo, o número da gaveta, a pasta, de forma que qualquer pessoa possa

facilmente localizá-los. A organização documental é tal que até os prazos para remessa de documentos para o arquivo morto deve ser registrada.

Entretanto, os documentos mais importantes emitidos pelo sistema de gestão, sejam da qualidade ou ambiental, são o manual de gestão e a política da qualidade e meio ambiente.

O manual de gestão do sistema de qualidade e meio ambiente deve ser do conhecimento de todos os empregados e administradores, não necessariamente nas suas minúcias visto que nem todo o seu conteúdo é aplicado a todos os postos de trabalho. Muitas vezes uma atividade específica é mais vinculada com parte da política ou do manual do que outras, como por exemplo, o sistema de controle de medição, ou o departamento jurídico, pelo que não se justifica que todos os empregados tenham conhecimento total do manual. Todavia, a política de qualidade e meio ambiente, que se caracteriza como uma carta de propósitos emitida pelo empresário, deve ser de conhecimento geral e completo.

Vencidas essas etapas e refinados todos os ajustes e controles o empresário está pronto para passar por uma auditoria interna que é executada por pessoas componentes da equipe de trabalho e de outros empregados do empresário, normalmente os mais graduados. À auditoria interna implica verificar se os empregados executam os procedimentos exatamente como descritos e apontar eventuais falhas que possam ser verificadas pelo auditor de um organismo certificador. O procedimento de auditoria interna gera custos na medida em que boa parte dos postos de trabalho, nos dias da auditoria, fica parada vez que estão respondendo aos auditores.

Concluída a auditoria interna e verificado que as “não conformidades” apontadas são relevantes a ponto de obstar a emissão do certificado, a equipe de trabalho envidará todos os esforços, inclusive realizando tarefas em regime de horas extraordinárias, que geram aumento de custos trabalhistas, para vencer os obstáculos e preparar a organização para o processo de certificação.

Caso as “não conformidades” constatadas não tenham relevância que impeça a obtenção da certificação terá início o processo de certificação por um organismo certificador eleito pelo empresário dentre os vários acreditados pela ISO.

Nesse passo deve-se esclarecer o que vem a ser um organismo certificador. O organismo certificador é o responsável pela realização de auditorias independentes e transparentes nos pontos empresariais envolvidos no programa de

gestão eleito pelo empresário. Para que um organismo certificador possa realizar auditorias para verificação do atendimento do sistema de normas ISO, é necessário que o organismo seja acreditado pela ISO.

A acreditação consiste na obtenção de um atestado concedido a um organismo certificador que demonstra sua competência para realizar as tarefas de auditoria, pois detêm conhecimento profundo os preceitos, no caso da ISO, e do próprio sistema de normas ISO.

Quando o empresário escolhe um organismo certificador deve eleger um dentre aqueles acreditados pelo ISO, pois somente um organismo acreditado pela ISO está autorizado a verificar o cumprimento do sistema de normas ISO e a permitir que o empresário utilize a marca ISO vinculada à seu nome empresarial, suas marcas, seu título de estabelecimento, como também em seus *portfólios* e material de papelaria.

Assim, a divulgação pelo empresário de que ele é certificado depende do processo de auditoria promovido por um organismo certificador. Nessa auditoria todos os seus processos, procedimentos, documentos do empresário serão submetidos à verificação com vistas a comparar a realidade fática com a descrição neles contida. Seus empregados também serão submetidos a entrevistas para demonstrarem seu conhecimento do manual de gestão, das políticas e dos procedimentos que adotam quando da realização de suas atividades. A confrontação entre os documentos e as respostas obtidas nas entrevistas realizadas pelo o auditor do organismo certificador determinará a ocorrência ou não de “não conformidades”. Uma vez detectado um número de “não conformidades” elevado ou que as “não conformidades” sejam tais que desacreditem o sistema de gestão, o empresário não obterá o certificado ISO. Ao contrário se não forem detectadas “não conformidades” relevantes o certificado será emitido.

Importante consignar nesse passo que o empresário paga uma importância para o organismo certificador vir até seus pontos comerciais e realizar a auditoria, mas essa importância, em hipótese alguma é garantia de que o certificado será emitido. Além do custo pago para a realização da auditoria, todas as despesas incorridas pela equipe de auditores serão custeadas pelo empresário. A esses custos se agregam outros incorridos com a paralisação, ainda que não permanente, da produção durante o período da auditoria, até porque se a produção parar o auditor não constatará a realização dos procedimentos e não poderá confrontá-los

com os procedimentos descritos nos documentos emitidos pelo empresário.

Ainda que o ônus de obtenção do certificado seja elevado, sua emissão quando dessa auditoria inicial não tem caráter permanente. Tal certificado é precário e transitório devendo ser renovado anualmente através de nova auditoria, na qual serão novamente verificados os procedimentos e se as melhorias previstas no manual de gestão, as quais o empresário se comprometeu, foram realizadas. Em não se verificando esses requisitos a certificação é perdida ou não renovada.

Tem-se, então, que o empresário despendeu tempo, mobilizou parte de seus empregados, imobilizou recursos financeiros para adaptar seus pontos comerciais para, passado algum tempo, a auditoria comparecer aos seus pontos e constatar que ele não realiza os procedimentos exatamente como ele mesmo, empresário, havia descrito em seus documentos, perdendo, assim, a certificação e também várias oportunidades de negócios.

Nesse passo se faz necessário rememorar algumas questões sobre o sistema de normas ISO.

Tomando-se o objetivo do sistema de normas ISO, a certificação do processo produtivo, a auditoria por organismo certificador verifica se o empresário realiza seu processo produtivo tal como descrito em documentos de lavra do próprio empresário. A alteração no *modus operandi* pode não gerar qualquer conseqüência ao produto final. Para facilitar a compreensão desse ponto, estabelece-se um exemplo.

Tem-se um empresário que vende calçados, sua atividade, então, consiste em comprar calçados das indústrias e vendê-los diretamente no mercado consumidor. Esse empresário descreve minuciosamente como suas vendedoras devem acondicionar os calçados nas caixas após terem sido oferecidos aos clientes e estabelece que primeiro deve ser guardado o pé direito e depois o pé esquerdo. Se durante a auditoria alguma das vendedoras trocam a tarefa e guardam os sapatos na ordem inversa isso configura uma “não conformidade” que poderá ocasionar a perda do certificado. Porém, em momento algum o produto destinado ao cliente, que no caso consiste no bom atendimento, gerou insatisfação, ou seja, o produto final não foi afetado pela troca de colocação dos sapatos na caixa, mas mesmo assim o empresário não obteve a renovação de seu certificado. E, devido a essa perda, ele não consegue mais comprar produtos de determinados fabricantes cujos produtos somente podem ser postos à venda através de empresários

detentores de certificados ISO que, por questões mercadológicas ou de marketing não pretende ter sua marca vinculada a empresários que não sejam, por exemplo, socialmente responsáveis ou que estejam preocupados com a plena e total satisfação do cliente.

Do exemplo que se expõe denota-se que a manutenção do certificado é tão importante quanto à sua obtenção e sem ele, o empresário não conseguirá participar de vários negócios jurídicos empresariais.

Mais do que uma exigência das partes, o que facilmente se observa é que com o passar do tempo, e dada à natureza do direito empresarial, o certificado ISO passou a integrar o cenário empresarial incorporado sob a forma de um uso e costume tão comum nesse âmbito quanto qualquer outro uso e costume assimilado e utilizado pelo mercado.

É relevante pontuar que sem o certificado o empresário não está inserido no mercado e sua obtenção passa a ser relevante posto que, como já se demonstrou, àqueles que estão inseridos no meio empresarial não é dado desconhecer os requisitos para sua atuação.

Nesse quadro os negócios jurídicos empresariais somente se concretizarão se tal requisito for previamente atendido pelo empresário, ou seja, ele integra as condições necessárias e indispensáveis à realização do negócio.

Devido a isso, qualquer negócio realizado no mercado, como qualquer contrato dele decorrente, contempla no seu bojo a obrigação de obtenção e manutenção do certificado ISO, não como requisito especial da contratação, mas como um uso e costume que não pode ser desconsiderado e desconhecido dos empresários como um todo.

Nesse cenário é importante estabelecer, então, como, quando e em que circunstâncias essa condição é relevante para o mercado e como ela influencia os negócios empresariais realizados sob sua égide.

CAPÍTULO III – REFLEXOS DA AUTO-REGULAÇÃO NORMATIVA NA ESTRUTURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

3.1 CONTRATOS CONEXOS

Historicamente o mercado pauta-se pela informalidade na concretização de suas relações e, em decorrência disso, sempre esteve à frente das alterações havidas no mundo jurídico, sendo quem impulsiona essas alterações, conforme esclarece Jorge Lobo:

Embora uma só e única, é certo que a interpretação do Direito Comercial, como, aliás, a interpretação do Direito Constitucional e das demais disciplinas, apresenta particularidades decorrentes do intenso tráfego mercantil do mundo moderno e, também, pela insuficiência de ordenamento jurídico, que as mais das vezes, não acompanhou as mudanças radicais e vertiginosas que a sociedade experimentou a partir da década de 50.¹¹⁰

Veja-se que o modelo liberal originado com a Revolução Francesa privilegiava o individualismo e, assim, a proteção ao princípio da autonomia da vontade que norteava todas as relações jurídicas, como discorre Lucimar de Paula:

A matéria contratual, assim como é entendida, tanto no Código de Napoleão, como no Código Civil Brasileiro 1916, decorreu da sacralização da propriedade privada e do protecionismo exacerbado dos interesses individuais, obtidos com o advento da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, possuindo, portanto, ideologias eminentemente liberais.¹¹¹

A partir desse princípio, como se sabe, o que as partes pactuavam deveria ser cumprido, tal como define Fernando Noronha:

[princípio] segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido.¹¹²

Assim, o conceito de justiça contratual tinha na autonomia da vontade seu limite de atuação. O pactuado entre as partes para elas era como lei – *pacta sunt*

¹¹⁰ LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro; nova série, n. 115, jul.-set., 1999, p. 64.

¹¹¹ PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações cotratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, v. 1, 2004. p. 81.

¹¹² NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42

servanda.

Ao lado do princípio da autonomia da vontade vigeu também o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tal como define Enzo Roppo:

Este princípio – dito da *relatividade dos efeitos contratuais* – exclui que a posição jurídica de um sujeito possa ser *juridicamente* atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos...¹¹³

Por tal princípio, somente os que contratavam estavam obrigados a cumprir com o pactuado, de modo que, tinha-se a idéia de que o contrato não surtia efeitos em relação a terceiros, que a eles – terceiros – não beneficiaria e estes também não poderiam dele se beneficiar.

Esses princípios nortearam a regulamentação do direito contratual até a inversão paradigmática provocada pelo advento das guerras mundiais e a necessidade de reconhecer a solidariedade e a dignidade humana como preceitos maiores para a vida social, bem explanado por Paula Forgioni em sua obra “Os Fundamentos do Antitruste”.

A esses princípios aliam-se outros que passam a influenciar o direito das obrigações e o direito dos contratos, até então considerados completamente fora dos efeitos da temporaneidade. Assim, passou-se a valorizar a boa-fé objetiva, a função social do contrato e equilíbrio econômico-financeiro entre as obrigações assumidas pelas partes contratantes, que, se não reduziu a aplicação dos princípios do *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade, relatividade dos efeitos contratuais, obrigou a alteração da forma de interpretação, que, agora, se balisa nos novos princípios orientadores dos contratos, como bem explicita Paula Forgioni em seu artigo A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro¹¹⁴.

Certamente, essas alterações modificaram sobremaneira a forma como se realizam as contratações no e pelo mercado, ainda que o mercado e os empresários prefiram a definição econômica de contrato, conforme considera Sztajn:

Sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento

¹¹³ ROPPO, op. cit., p. 130

¹¹⁴ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**; n. 130, abr.-jun., 2003.

de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção. A teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas.¹¹⁵

Ainda que tal conceito oriundo da Economia das Organizações privilegie o pensamento do mercado no sentido de premiar os mais eficientes e o entendimento empresarial de que no mercado ainda deveria valer o *pacta sunt servanda*, o mercado e meio empresarial tiveram de se subordinar às conseqüências que a absorção dos novos princípios ocasionaram a realidade contratual e fomentam a busca de uma forma de minimizar os feitos decorrentes dos novos princípios orientadores dos contratos.

Nesse novo contexto, os empresários já não podiam mais ficar adstritos ao custo, nem sempre econômico, de dependerem de único fornecedor, bem como não mais poderiam suportar sozinhas, ainda que economicamente poderosas, os riscos gerados pelos danos causados aos consumidores, já que a boa-fé objetiva os imputa a responsabilidade pelos vícios e danos dos produtos ou serviços.¹¹⁶

A boa-fé objetiva é aquela que implica em um dever para as partes de um contrato, tal como definido por Fernando Noronha:

Se a boa-fé subjetiva é um estado, a *objetiva*, ou *boa-fé como regra de conduta*, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte.¹¹⁷

Para além da inserção de leis protecionistas dos consumidores, mais contemporâneas, que se aliaram às leis de natureza trabalhista, tem-se que as

¹¹⁵ SZTAJN, Raquel et al. **Economia dos Contratos em direito & economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpr., p. 104.

¹¹⁶ Importante considerar que a responsabilidade por danos em produtos e serviços demandada pelos consumidores afeta os grandes conglomerados econômicos não tanto pelo custo da indenização que por si só, ao menos no Brasil, em que as indenizações não acompanham os valores praticados nos Estados Unidos da América, por exemplo, não é capaz de gerar temor que justifique a essas empresas o respeito e cumprimento da lei consumerista, mas sim porque a exposição que tais reclamações poderiam gerar danos significativos à imagem dessas empresas.

¹¹⁷ NORONHA, **O Direito dos Contratos...**, p. 136.

influências sociais democratas provocaram a alteração do liberalismo clássico de cunho individualista, que gerou nas empresas a obrigação de também dividirem as responsabilidades trabalhistas dentre várias delas, já que os riscos dessa natureza também passaram a ser significativos para as empresas e afetam a economia de mercado.

Outro fator relevante que fez alterar o ambiente negocial, é o fenômeno da globalização. A globalização, como se sabe, teve o condão de trazer para o mercado uma série de personagens que até então estavam à sua margem, ou seja, novos empresários, situados em Estados emergentes, cujos governos lhes concedem toda sorte de benefícios, como fiscais, tributários, aduaneiros, trabalhistas, ingressam e participam do mercado em verdadeira vantagem, pois seus custos são infinitamente menores do que os demais empresários estabelecidos.

A esse novo cenário incrementa-se, ainda pelas influências sociais-democratas, o nascimento do solidarismo, que no caso brasileiro, vem insculpido na Constituição Federal.

A tese do solidarismo, originária da solidariedade social, tem em Durkheim seu maior expoente de reflexão, que, em sua obra *Da divisão do Trabalho Social*¹¹⁸, defendia que a solidariedade social que, nas sociedades mais simples é mecânica, ou seja, a noção de solidariedade é natural, passa a uma solidariedade funcional nas sociedades complexas. Assim, nas sociedades complexas, como é a sociedade mundial atual, cada um, seja um indivíduo ou um empresário, exerce uma função para a qual se especializou e a sociedade, e em decorrência o próprio mercado, somente conseguem atingir seu ponto ótimo se ocorrer a colaboração entre os indivíduos e as empresas, tal como reflete Sílvio Brambilla:

O destinatário da exigência permitida pelo exercício de um direito não pode ser compelido além do necessário para o atendimento da sua finalidade, devendo esta ser compreendida na medida que satisfaz o titular e mantém íntegra a solidariedade social.

Resta saber, então, qual é a fórmula para garantir a higidez das relações humanas e a estabilidade das negociações e, ao mesmo tempo, relativizar a autonomia da vontade para adaptar o direito a uma finalidade social.¹¹⁹

¹¹⁸ DURKEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. In: Durkheim. **Os pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril, 1983.

¹¹⁹ BRAMBILLA, Sílvio. O sistema do novo código civil e do cdc e as limitações impostas à liberdade de contratar. **Revista de Direito Empresarial**, n. 1, jan.-jun. 2004. 2004. p. 84.

A expressão do solidarismo, da especialização e da finalidade social ficam bastante claras na demonstração do modo pelo qual o mercado passou a estabelecer suas relações contratuais, agora baseadas em redes de contratos, contratos relacionais ou contratos coligados.

Nesse novo contexto, o contrato deixa de ser originário de uma operação isolada que envolve exclusivamente duas partes, para passar a ocorrer através de um conjunto ilimitado de contratos que entre si forma, nas palavras de Lorenzetti¹²⁰, uma rede contratual. Sendo esta apenas uma das expressões doutrinárias¹²¹, conforme Ribeiro, para denominar essa nova forma de contratação imposta, regulamentada e orquestrada pelo mercado.

O contrato não pode mais ser observado como fenômeno autônomo e independente, de interesse e com impactos somente em relação às partes contratantes. Considerando-se haver solidariedade orgânica entre os membros da sociedade, compreende-se que a visão de contrato não pode ser individualizada, devendo considerar os reflexos de cada contrato na sociedade, na vida econômica da comunidade.¹²²

A partir dessa visão de solidariedade contratual, o contrato não pode mais ser mais visto exclusivamente como a expressão da autonomia da vontade das partes, mas sim, dadas as novas circunstâncias, passa a se revestir de uma função social. Função social essa que, como reflete Silva,

... impede que se constituam vínculos capazes de prejudicar a coletividade ou terceiros que, embora não tenham figurado como parte da relação contratual, foram prejudicados pela mesma.¹²³

E para, além disso, a função social imporá às partes contratantes o dever de colaboração, que se espalhará por todas as relações mantidas com terceiros, direta ou indiretamente, conforme leciona Antonio Junqueira de Azevedo¹²⁴.

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 28, out.-dez., 1998.

¹²¹ A doutrina também denomina esse “fenômeno” de contratos coligados, contratos conexos, contratos mistos, grupos de contratos.

¹²² RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais, In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007, p. 429-454.

¹²³ SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 85.

¹²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do

A função social num contexto de confiança e colaboração, como do atual mercado no cenário de globalização, demonstra especial relevância, pois, evidencia que o contrato não pode mais ser visto de maneira isolada e enclausurado às partes contratantes, como se não gerasse efeitos a terceiros direta ou indiretamente vinculados.

Juntamente à função social do contrato observa-se a presença cada vez mais incisiva da aplicação do **equilíbrio econômico-financeiro aos contratos**.¹²⁵

Esses novos princípios passaram a admitir que terceiros alheios a relação jurídica contratual, possam sofrer com os efeitos do contrato, não só na condição de vítima dos efeitos do contrato, mas, também, quando, ciente da existência da relação jurídica espelhada no contrato, atua de forma a gerar o descumprimento da obrigação.

Tais reflexões são relevantes para o estudo dos contratos relacionais, ou coligados, que fundamentam as novas necessidades apresentadas pelo mercado.

Esse novo quadro econômico ocasionou a superação da teoria contratual clássica, acostumada com as relações singulares de contratação, não mais capaz de solucionar todos os problemas decorrentes desse novo fenômeno contratual, para abrir espaço para a complexidade contratual, inerente à sociedade atual, explicitada por Iturraspe nos seguintes termos:

A complexidade dos negócios contemporâneos alia-se a uma nova valoração do fenômeno contratual, demandando a superação do modelo que observava o contrato como um acontecimento isolado de interferência externas, e igualmente incapaz de surtir efeitos para além das partes contratantes. A declarada função social do contrato impõe reconhecê-lo como um evento inserido em um contexto social e capaz de sofrer interferências dos demais negócios que o cercam, assim como apto a neles causar perturbações.¹²⁶

Ou seja, a complexidade dos negócios necessidade para sua viabilização

contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**; n. 750, p. 113, abr., 1998.

¹²⁵ Essa nova visão do direito contratual não nasceu com o Código Civil de 2002. Ao contrário, já se observava, no direito do consumidor e nas relações trabalhistas, a aplicação desses princípios como parâmetros para a interpretação dos contratos. Tal fato é corroborado por decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão que se tornou paradigma, no qual se observa a possibilidade do terceiro alheio à contratação pleitear diretamente do seguro a indenização pelos danos sofridos STJ, 4ª T., REsp. 401718/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002, DJ 24.03.2003, p. 228.

¹²⁶ KONDER, **Contratos conexos...**, p. 8.

de “uma série de contratos relacionados entre si”¹²⁷.

Fundamental, nesse passo, lembrar que, apesar da teoria clássica do contrato estar relativamente elasticada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, não se pode olvidar que o contrato não se restringe a relação pactuada exclusivamente entre os contratantes, pois, reflete-se em outras relações além daquela gerada pelo contrato.

Se assim o é nos contratos singulares, nos contratos coligados ou conexos, tal efeito tem o condão de se propalar muito mais rapidamente, como bem reflete Konder:

conexão contratual é normalmente explicada pela singela e demasiado genérica idéia de utilização de vários contratos para a realização de um uma mesma operação econômica.¹²⁸

Essa também é a interpretação dada por Rodrigo Xavier Leonardo:

A despeito da existência de algumas diferenças entre as abordagens feitas nos diversos sistemas jurídicos citados, verifica-se, porém, uma unidade na apreensão do fenômeno estudado: contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexos funcional-econômico que implica conseqüências jurídicas.¹²⁹

Mas essa concepção não é suficiente para definir o conteúdo dos contratos relacionais ou conexos.

Na verdade a lição de Iturraspe sobre a conexidade demonstra que a conexidade é muito mais do que o somatório de vários contratos.

A “conexidade” importa, em primeiro lugar, na presença no mercado de mais de uma empresa, de várias, que acordam a colaboração, complementação, tendo em vista o consumo, a provisão de bens ou serviços de maneira eficiente. E, ademais, a pluralidade de contratos “coligados” ou relacionados, que originam um “pacote” o ramillete de direitos e obrigações que podem produzir os resultados esperados.¹³⁰

O que se observa no âmbito empresarial é a fixação da conexão contratual no sentido de que um contrato inicial gera a realização de outro, o segundo de um

¹²⁷ ITURRASPE, Mosset. **Contratos conexos**. Buenos Aires: Rubinzal: Culzoni Editores, p. 13, 2007, (Tradução livre).

¹²⁸ KONDER, **Contratos conexos...**, p. 95.

¹²⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribuais, 2003, p. 129.

¹³⁰ ITURRASPE, op. cit., p. 21.

terceiro e o terceiro de um quarto, e assim sucessivamente, formando uma cadeia contratual, e uma acessoriedade que vinculava todos eles entre si, e é essa coligação funcional que configura e formata o atual ambiente contratual do mercado. A conexidade comprova, conforme Weingarten, a existência de um “sistema vinculando ... distintos sujeitos ou empresas que perseguem o mesmo resultado econômico”.¹³¹ Essa também é a lição de LORENZETTI:

A suposição de fato se configura quanto existem vários contratos que têm sua própria tipicidade, sua própria causa e objeto, porém tem uma operação econômica superior a eles que lhes dá um sentido único.¹³²

Certamente que são as necessidades econômicas que fundamentam a conexidade dos contratos, mas nem por isso, cada um dos contratos firmados dentro das relações jurídicas coligadas deixa de configurar um negócio perfeito em si mesmo, o que se explica pelas reflexões de Rosas:

um dos contratos tem supremacia sobre o outro. Um deles é condição ou motivo do outro, não há um contrato sem existir o outro. Há uma dependência entre os contratos, que é feita pelas cláusulas acessórias ..., ou por motivação que conduz esses contratos.¹³³

Observa-se, ainda, que a conexidade somente se justifica nas relações jurídicas de longo prazo, ou no caso de existência de prestações continuadas, como se dá nas relações de medicina privada, exemplo mais recorrente na doutrina. Porém, não é somente nos casos de medicina privada, cartões de crédito, compra e venda com financiamento para aquisição de um determinado bem, que se observa a conexidade. Esse fenômeno também existe com força nos contratos de fornecimento de matéria-prima, peças, partes para a produção de outros bens, como acontece, por exemplo, na indústria automobilística, ou seja nos contratos interprivados, tal como concluiu a 5ª Jornada Argentina de Direito Civil os contratos conexos abarcam:

(a) as relações de consumo entre grupos fornecedores e grupos de consumidores e (b) as relações interempresariais, as quais incluem redes associativas e cadeias contratuais, bem como as tercerizações.¹³⁴

¹³¹ WEINGARTEN, Célia. Leasing: Ley 25.248: contratos conexos y reparación de daños. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 44. out.-dez., 2002. p. 10.

¹³² LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado de los Contratos** – parte general. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2004. p. 716.

¹³³ ROSAS, Roberto. Contratos Coligados. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 3, p. 53, jan.-mar., 1978.

¹³⁴ Disponível em: <<http://www.jornadas-civil.org/achivos>>, Acesso em: 22 maio 2007.

Nesse campo de atividade também existe a contratação de longo prazo e a constituição de cadeias de contrato para a fabricação de produtos destinados às montadoras de veículos. Existe nessa conexão contratual a certeza da contratação, bem como da imposição de certas normas que são acatadas por todos os componentes da rede. Neste contexto, a boa-fé se reafirma como princípio fundamental da manutenção não só do contrato como negócio perfeito e acabado, mas norteia toda a conexão, e, assim, todos os contratos coligados, tal como explicita Leonardo Sperb de Paola:

... o caráter continuativo da relação está a exigir um reforço do dever de agir com boa-fé imposto a ambas as partes. Espera-se uma maior consideração de cada uma das partes às aspirações legítimas da outra, que estão a depender do cumprimento substancial, e não meramente formal do contrato.¹³⁵

Tendo em vista as expectativas das partes envolvidas na contratação, não é qualquer fato que poderá gerar o seu descumprimento, mormente porque nesse tipo de contratação uma das partes, ou várias delas, realizam vários investimentos com o fito de atender a contratação entabulada. Somente o descumprimento de condição substancial poderá gerar a rescisão antecipada, não se pode admitir que a rescisão imotivada ocorra antes de um prazo razoável, assim caracterizado caso a caso, para a recuperação dos investimentos realizados para o atendimento das obrigações assumidas, conforme pode-se constatar pela lição de Leonardo Sperb de Paola:

Com efeito, considerando-se o texto e contexto do contrato, pode-se extrair um período mínimo de duração, em benefício de uma ou de ambas as partes contratantes. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um contrato cujo cumprimento depende de investimentos de vulto a serem feitos por um dos contratantes, investimentos estes que somente serão amortizados se a relação contratual tiver uma determinada duração. Em casos que tais, parece-nos defensável que a denúncia do contrato só poderá ser efetivada após decorrido um prazo razoável.¹³⁶

No mesmo sentido é o raciocínio de Iturraspe:

... a conexão legítima que quem é parte de um contrato pode questionar a validade de outro ou outros;

... a resolução de um pode produzir a resolução de outro, em decorrência da

¹³⁵ PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. **Revista Forense**, n. 346, Rio de Janeiro: Forense, ago.-set., 1998. p. 121.

¹³⁶ PAOLA, loc. cit., p. 122.

conexão e *inescindibilidad*, do ponto de vista econômica para a unidade do fim pretendido;

... sendo vários os coligados no se pode pretender a denúncia de um sem a dos demais;

... o inadimplemento de uma parte das prestações originadas do contrato poder alegado pela contraparte para não cumprir com outro contrato, conexo ao primeiro.¹³⁷

Dessa forma tem-se que o descumprimento de certa e determinada obrigação por uma das partes pode gerar a rescisão de todos os contratos conexos e originados daquela mesma relação. Diante desse fato, torna-se inevitável se considerar num primeiro momento quais seriam as obrigações que efetivamente poderia gerar a rescisão do contrato e em segundo momento se o inadimplemento dessas mesmas obrigações teria o condão de gerar a rescisão em cadeia de todos os contratos conexos dessa mesma relação.

Importante, por fim, consignar que a conexidade contratual ou a coligação não se restringem exclusivamente a relações contratuais interprivadas. Ao contrário, a conexidade também pode ocorrer nos contratos firmados pela Administração Pública, seja direta ou indireta, para o atendimento de necessidades da população, exatamente porque a contratação no âmbito das relações estatais admite a subcontratação, que, dessa forma, ocasiona a coligação para o atendimento de um contrato administrativo.

E é a questão da coligação no âmbito da contratação sob a égide de direito administrativo que se passa a analisar.

3.2 O MODELO PÚBLICO DO CONTRATO EMPRESARIAL E AS NORMAS ISO

Antes de se analisar o contrato administrativo e a possibilidade de conexidade originada dessa relação, é importante tecer algumas considerações acerca da possibilidade do Estado¹³⁸, direta ou indiretamente, atuar na atividade econômica.

Tem-se, a partir do texto constitucional a permissão para que o Estado

¹³⁷ ITURRASPE, op. cit., p. 24.

¹³⁸ A expressão Estado no que pertine a forma de contratação estatal deve ser interpretada sempre como sendo o Estado um elemento de fantoche na mão do Governo, ou melhor, o Governo se utiliza do Estado com vistas a fazer valer os interesses que pretendem sejam defendidos durante o próprio exercício do Governo.

exerça atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços para a população, diretamente ou através de empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas.

A participação do Estado na atividade econômica se dá não só como agente de intervenção para regular as atividades exercidas pela iniciativa privada¹³⁹, mas, também, para participar ativamente como parte em vários negócios jurídicos¹⁴⁰¹⁴¹, inclusive realizar negócios, através de contratos administrativos, com a iniciativa privada, objeto dos estudos de Vinícius Marins, que ressalta o seguinte:

Esta atuação negocial do Poder Público, tanto no Brasil como no exterior, vem levantando discussões sobre 'um novo modelo de administração', em que vingam os princípios da diferenciação, da diversidade, da lógica de mercado e da utilização cada vez mais freqüente de instrumentos privatísticos de ação. Bem verdade, o recurso maciço aos contratos e a 'fuga para o direito privado' são fenômenos que na atualidade colocam em questão a própria identidade do direito administrativo fincado em seu arcabouço franco-europeu. É pela figura do contrato administrativo em suas modernas feições que os estudiosos da seara administrativa revisitam os alicerces da própria ciência.¹⁴²

Não se pode olvidar que mesmo a intervenção do Estado, ainda quando realiza operações de cunho privado, deve levar em consideração os interesses maiores da sociedade, pois, conforme Sílvio Brambilla, foi a idéia de justiça social que fomentou a intervenção do Estado no domínio econômico.

A idéia de justiça social, que promoveu uma progressiva e notória transformação dos contratos, permitiu a intervenção do Estado em sua

¹³⁹ Constituição Federal, Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹⁴⁰ Constituição Federal, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁴¹ Constituição Federal, Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Constituição Federal, Art. 177. Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

¹⁴² MARINS, Vinicius. Transformações do direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 7, n. 74; ago.-set., 2005. Disponível em: <<http://www.presidencia republica.gov.br/>>. Acesso em: 9 mar. 2008.

seara, que era feudo da liberdade dos particulares, para multiplicar normas de proteção ao contratante mais débil, além de tutelar valores agora ascendidos ao patamar de interesse da ordem pública.

O interesse privado de apropriação de bens, traduzido no contrato, tem que valorizar o interesse social, que é seu limite.¹⁴³

O interesse social ao qual o Estado deve se vincular ao promover a contratação na esfera privada ou pública não pode ser tal que coloque toda a sociedade adstrita aos ônus que o descumprimento possa vir a ocasionar.

Decorre dessa reflexão a necessidade de verificar a forma como o Estado contrata e como o mecanismo utilizado pode ocasionar disparidades e exclusão de parte dos atuantes economicamente no mercado do âmbito de contratação estatal.

Importa, então, estabelecer algumas premissas acerca da natureza do contrato firmado pelo Estado, conforme lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁴⁴

Observa-se que algumas das contratações realizadas pelo Estado, demonstram certa tendência privatística, mas tal tendência de modo algum altera a forma de atuação do Estado que mesmo se valendo do contrato, não o utiliza da mesma maneira que a iniciativa privada. Isto se dá muito principalmente porque nas suas contratações o Estado não contrata com a mesma liberdade e autonomia concedida às sociedades empresárias privadas. Isso porque o mecanismo utilizado não interfere na possibilidade do Estado vir a conduzir a contratação da forma que melhor lhe aprouver.

Ainda assim, diante dos princípios constitucionais, não se pode olvidar do fim da dicotomia público-privado. O direito alterou significativamente a forma como interpretam as relações, ou seja, atualmente passa-se pela publicização das relações privadas e pela privatização das relações públicas, de sorte que não é mais possível analisar qualquer questão sem considerar o ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, as relações havidas na seara administrativa também estão

¹⁴³ BRAMBILLA, op. cit., p. 89.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

sujeitas a essa apreciação.

Com isso a Administração Pública não está à margem do respeito aos princípios constitucionais, o que implica submeter os atos baseados na discricionariedade da Administração ao crivo judicial.

Entretanto, a privatização dos atos administrativos não se limita a submeter os atos baseados na discricionariedade ao Judiciário, isso se dá, também, porque em decorrência dos princípios constitucionais, a Administração Pública está obrigada a absorver em seu *modus operandi* os preceitos de Direito Civil, redundando na aproximação deste com o Direito Administrativo, tal como se manifesta o Ministro José Delgado:

Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.¹⁴⁵

Independentemente da atenção que a Administração Pública deve ter aos princípios que orientam a contratação na esfera civil, observa-se que a contratação no âmbito estatal deve obedecer, ainda, aos ditames da legalidade, motivo pelo qual a contratação pelo Estado se dá a partir de procedimento específico, regulado na Lei nº. 8666, de 21 de junho de 1983.

Decorre do procedimento licitatório previsto na Lei nº. 8666/93 que o contrato firmado pelo Estado com o particular deverá, durante toda a sua vigência, preservar os parâmetros e requisitos prenunciados no procedimento licitatório. Essa mesma lei fixa os modelos de contratação e determina que o contrato resultante do procedimento deverá a este se ater. Nessas condições, não importa o modelo de procedimento a ser utilizado pelo Estado¹⁴⁶, importa sim, que para cada procedimento lançado pelo Estado decorrerá a realização de um contrato.

¹⁴⁵ Resp 914087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 190. Disponível em: <www.stj>. Acesso em: 14 ago. 2008.

¹⁴⁶ Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

O contrato originado desse procedimento conterá cláusulas cujo objetivo primordial, segundo a teoria clássica do direito administrativo, é a defesa do interesse público¹⁴⁷, conceito esse que precisa ser necessariamente revisitado para que a Administração Pública possa dar eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo atuar conforme leciona Gustavo Binenbojm.

(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa da juridicidade;

(ii) a definição do que é *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*;

(iv) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de *autoridades administrativas independentes*, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, *agências reguladoras independentes* (ou *autonomia reforçada*) das agências reguladoras em relação ao governo e a *independência política de seus dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.

Tendo em vista os preceitos administrativos clássicos, pois a inversão paradigmática proposta por Gustavo Binenbojm ainda não está completamente inserida na atuação estatal, são ainda os admitidos pela Administração Pública. Observa-se, então, que não interessa a quantidade ou qualidade das cláusulas inseridas no contrato para evitar o inadimplemento do Estado ou o reforço dos interesses do contratado, o contrato será sempre um contrato administrativo, e será

¹⁴⁷ A superação do paradigma do interesse público como base de ação da Administração Pública é bem caracterizado e defendido por Gustavo Binenbojm em sua obra: **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

interpretado pela Administração Pública sob a égide da força e presença estatal, tal como reflete Adilson Dallari:

Temos dito que a administração é como um Rei Midas. Este, tudo que tocava virava ouro. A Administração, onde toca, publiciza. Se se tem a presença da Administração Pública, tem-se junto, necessariamente, o ingresso do regime jurídico administrativo e a presença das chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum. A Administração é sempre afetada por cláusulas de direito público. Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, e contratos onde haverá uma participação menor de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado.¹⁴⁸

Verifica-se, então, que o Estado, sob o manto do interesse público que visa atender, sempre poderá impor determinadas condições ao contrato de tal sorte que pode, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, “instabilizar o vínculo, seja: a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) extinguindo unilateralmente o vínculo”¹⁴⁹, a vinculação ao público gera ao Estado o direito de aplicar “cláusulas exorbitantes” ao contrato, tomando-se como parâmetro de comparação o que doutrinariamente sempre se usou denominar de direito privado.

Importa consignar nesse passo que, mesmo com a inversão de paradigmas pela qual passa o direito administrativo brasileiro, face a inserção de princípios de proteção da dignidade humana no texto constitucional e a necessidade de interpretação do contrato administrativo à luz da Constituição Federal, a Administração Pública ainda resiste em atuar de acordo com os novos paradigmas norteadores da ação estatal.

Tendo em vista a interpretação clássica do contrato administrativo, concede-se ao Estado, sustentado pela imposição do interesse público que norteia a atuação estatal e nos preceitos legais, amparo para derrogar não só os princípios clássicos que regulamentam a atividade contratual privatista como, também, para afastar a aplicação de certos princípios constitucionais que modificaram significativamente toda a interpretação do direito dos contratos.

Todas essas prerrogativas estatais, notadamente na imposição de cláusulas exorbitantes, se dão com amparo na lei, que não só estabelece a forma de

¹⁴⁸ DALLARI, Adilson. Contrato de obra pública apud DI PIETRO, Maria Sylvia. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147.

¹⁴⁹ MELLO, op. cit., n. p.

contratação pelo Estado, como também estabelece, *numeros clausus*, a forma pela qual o Estado realiza a contratação.

O mecanismo legal colocado à disposição do Estado para fazer atuar suas prerrogativas é o edital¹⁵⁰. Neste documento vincula-se não só do Estado, como, também, os participantes do certame licitatório. Através dele o Estado estabelece os critérios e condições para que o participante apresente uma proposta técnica e financeira compatível com a natureza dos serviços a serem prestados. É através do edital que o Estado fixa, também, uma série de condições que, por sua natureza, têm o condão de limitar a participação no certame. A limitação de participação tem início já no processo de qualificação dos concorrentes que ao se estabelecer as condições normalmente bastante objetivas para a qualificação e habilitação dos participantes, acaba por afastar vários interessados no atendimento do contrato administrativo.

Como condições de participação encontram-se, não raras vezes, (i) o estabelecimento de *know-how* anterior, o que, por exemplo, no caso das construtoras e empreiteiras importa apresentar o acervo registrado perante o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia; (ii) capacidade econômico-financeira para suportar o porte da contratação pretendida, e, também (iii) a obrigação do participante deter certificação ISO ou OHSAS¹⁵¹.

Esses são elementos verificados anteriormente à apresentação das propostas técnicas e financeiras perante o Estado. E, em alguns casos, notadamente nas aquisições de serviços de menor monta, que são passíveis de se realizarem em procedimentos menos complexos – como é caso da tomada de preços e do convite – o Estado já tem em seu poder uma relação significativa de vários interessados, cuja qualificação¹⁵² é previamente realizada pela Administração Pública, vez que sua possibilidade de atendimento do objeto licitado já foi analisada.

Já nos procedimentos mais complexos, como é o caso da concorrência, os

¹⁵⁰ Documento que estabelece e determina os limites e as exigências estabelecidas pelo Estado para que os concorrentes possam atender à contratação pretendida.

¹⁵¹ Norma internacional que trata de Sistemas de Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho.

¹⁵² A qualificação de qualquer interessado em participar de procedimentos licitatórios é o procedimento pelo qual a Administração Pública avalia a capacidade jurídica, técnica, financeira e a regularidade fiscal do candidato para cumprir o objeto licitado. Nos casos de procedimentos mais simples, como tomada de preços e convite, a Administração Pública mantém um banco de dados com informações dos vários interessados que são considerados pré-qualificados, evitando a morosidade e custo do procedimento licitatório quando o objeto licitado não é de elevado valor.

parâmetros para a contratação, bem como os termos em que ela se dará, inclusive o conteúdo das cláusulas do contrato que se firmará com o vencedor do certame, estão fixados no edital de licitação. Ou seja, já no edital o Estado fixa as condições contratuais que regerão a contratação pretendida através do procedimento licitatório.

Neste aspecto, fica patente que o edital de licitação, tal qual a qualificação prévia, possibilitam ao Estado estabelecer critérios e condições que, por sua natureza, têm o condão de limitar a participação no certame de várias empresas atuantes no mercado.

A discricionariedade conferida à Administração Pública – Estado – para fixar os critérios que julga mais convenientes para o atendimento do interesse público se, por um lado, visa possibilitar certo nível de subjetividade em conformidade o próprio interesse a ser atendido, por outro, permite o afastamento de obrigação imposta constitucionalmente ao Estado no sentido de privilegiar as micro e pequenas empresas¹⁵³ que, por não reunirem os critérios editalícios, ficam afastadas do atendimento ao Estado e à margem do mercado.

Certamente que o Estado não pode entregar uma obra de grande porte, extramente complexa, que poderá colocar em risco a vida de várias pessoas a um empresário desprovido de qualquer qualificação técnica. Não se pretende que o Estado deixe de fixar critérios de capacidade técnica e financeira para limitar às contratações que realiza. Efetivamente o Estado não pode deixar, então, de exigir a apresentação de credenciais anteriores – aqui entendidas como capacidade técnica – para se saber se o concorrente detém condições para cumprir o objeto contratado. O que se busca é que em contratos que não existam complexidade o Estado não imponha como condição de participação requisitos vinculados ao atendimento do sistema de normas ISO, pois tal exigência em nada agregará à contratação.

Também é relevante saber se o concorrente detém condições econômico-financeiras para atender o contrato, já que, conforme Arnoldo Wald,

... no campo do direito administrativo, vigora, em tese, o princípio da continuidade das obras pública, o que leva à manutenção do contrato, com

¹⁵³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas pelas leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos.¹⁵⁴

A condição econômico-financeira é talvez a mais relevante de todas, pois, é cediço que, reiteradamente, o Estado suspende o pagamento das prestações pecuniárias vinculadas ao contrato e o contratado se obriga a utilizar seus próprios recursos – quando não, a obter financiamento junto aos bancos – para não parar a obra ou suspender o serviço, visto que a parada ou suspensão podem ensejar a rescisão motivada do contrato.

Entretanto, também não se pode admitir a inserção de critérios que nada agregam aos serviços e às obras realizadas, pois ao assim agir se estaria a confinar boa parte dos empresários à marginalidade do mercado. Dessa forma, importa refletir se o interesse que o Estado está a proteger, ao fixar critérios que nada contribuem para o objeto licitado, é realmente o público ou se existe outro, maior e mais relevante, a balizar a atuação e discricionariedade estatal.

Importa ressaltar que, o Estado não está adstrito do atendimento do princípio da boa-fé que permeia todo o sistema jurídico brasileiro e não pode ser o interesse público o motivador para que a Administração Pública desconsidere os demais interesses envolvidos na contratação, notadamente no que pertine a adoção do princípio da boa-fé, pois com Brambilla,

... a boa-fé orientará as relações jurídicas tendo em vista o princípio da solidariedade, porque a pessoa humana foi posta no ápice do sistema, fazendo o balanço do direito à liberdade contratual e do dever de solidariedade e cooperação entre as partes. A relação obrigacional não pode mais expressar a vontade de cada um, manifestada no exercício de seu direito subjetivo, porque agora se impõe considerar os interesses da outra parte, tudo com vistas ao equilíbrio".¹⁵⁵

E, Brambilla reforça seu posicionamento ao estabelecer a função da boa-fé no contrato:

A função da boa-fé no contrato é limitar a vontade dos participantes na formulação do seu conteúdo, de modo que nenhum deles está autorizado a aproveitar de uma situação mais vantajosa em que se encontra, agir deslealmente, ou de qualquer modo prejudicar a contraparte, pois o princípio impõe a correção no agir e se permite a corrigir os desvios, mesmo

¹⁵⁴ WALD, Arnaldo. As novas tendências do direito administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. **O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194.

¹⁵⁵ BRAMBILLA, op. cit, p. 98/99.

que implique alterações no substrato do vínculo.¹⁵⁶

Como já se considerou adremente, decorre do procedimento licitatório, previsto na Lei nº. 8666/93, que o contrato firmado pelo Estado com o particular deverá durante toda a sua vigência preservar os parâmetros e requisitos enunciados no edital. Assim, toda e qualquer condição imposta pelo edital permanece íntegra durante a vigência do contrato. O empresário contratado, durante toda a vigência do contrato, não pode perder as condições que reunia quando se sagrou vendedor do certame. Em alguns casos esses empresários melhoram seu desempenho, alcançando, após o atendimento do contrato administrativo, posição significativamente mais elevada no mercado. Mas, em outros casos não só o contrato se mostra excessivamente oneroso para o fornecedor, como também o atendimento do contrato acaba por colocá-lo em posição tão delicada que chega ser necessário apresentar pedido de recuperação judicial.

Certamente que o Estado evoluiu, e muito, na questão da revisão da dita cláusula econômica do contrato. Mas, essa revisão não altera o cerne do problema da contratação pelo Estado. O mecanismo de contratação, mediante procedimento licitatório, no qual o próprio Estado estabelece os critérios de contratação, demonstra que neste âmbito age como qualquer outro empresário privado, e acaba por contratar aqueles com os quais efetivamente deseja entabular uma relação jurídica.

Importante consignar, ainda, que não somente a Administração Pública direta, como também a indireta, notadamente as empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizam o mesmo expediente de exigir a certificação pelo sistema ISO de normas para todos aqueles que com elas contratam.

Apesar de serem regidas pelas regras privatistas, observa-se no mercado as sociedades de economia mista contratando sob a forma de contratos administrativos e através de procedimentos licitatórios, mesmo quando estão a adquirir produtos e serviços vinculados à sua atividade fim.

O que se verifica, então, é o uso da disciplina do contrato como forma de ordenar toda a organização econômica e social, entretanto, não se pode permitir que essa utilização seja o meio hábil a camuflar uma relação jurídica empresarial sob a égide de uma relação jurídica de direito administrativo.

Não se pode permitir que, sob a ilusão da defesa do interesse público, a

¹⁵⁶ BRAMBILLA, op. cit., p. 98.

Administração Pública execute malabarismo para propiciar a defesa dos interesses de mercado. O Estado tem o dever constitucional de promover o equilíbrio econômico e privilegiar as micro, pequenas e médias empresas, de forma a promover o crescimento social, o que não ocorre quando os procedimentos licitatórios são objeto para a defesa dos interesses do mercado.

Dessa forma, tem-se presente que o Estado utiliza-se de mecanismos decorrentes dos usos e costumes empresariais para sustentar e defender os interesses do mercado de modo a limitar a atuação empresarial no próprio mercado por aqueles *partners* tidos como inconvenientes, irrelevantes e ineficientes.

3.3 A NATUREZA DO DESEQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES DO CONTRATO EMPRESARIAL

Ultrapassando a questão do uso do contrato pelo Estado através da modalidade de contratação por procedimento licitatório, importa observar que, independentemente do contrato se originar de relações empresariais ou empresariais estatais, sempre é possível observar a existência de causas para o desequilíbrio das obrigações assumidas pelas partes em um contrato empresarial.

Não é só a diferença de poder econômico entre os contratantes que gera o desequilíbrio contratual. Verifica-se que a participação de novos empresários no mercado e as inovações tecnológicas constantes, alterou significativamente a produção pós-fordista, ou seja, a produção em massa, exigindo a especialização das atividades, a fragmentação dos processos produtivos e o aumento dos custos de produção.

Esses novos custos são representados também pela obrigação, fundamentada nos usos e costumes empresariais reinantes no mercado, de obter e manter certificação pelo sistema ISO de normas. Não se pode olvidar que a tendência de redução de custos é a mola propulsora da economia capitalista reinante e tal tendência encontrou no sistema de normas ISO uma forma de atender a necessidade premente buscada pelos empresários, e, neste caso, explicada, notadamente, pelos custos de controle e fiscalização dos requisitos de produção relacionados a determinados produtos e serviços. Através do expediente do sistema de normas ISO passa-se os custos relacionados à fiscalização e controle para o próprio fornecedor que, para manter o contrato, se obriga a ser titular de um

certificado ISO.

Observa-se no mercado, então, a presença de empresários de grande porte ou até mesmo do Estado e de outros de menor porte ou até mesmo microempresários altamente especializados que, apesar de sua parcela reduzida de receita bruta, necessitam da certificação ISO para participar do mercado.

Não se espera que exista total equilíbrio nas obrigações erigidas num contrato. Mas a boa fé existente no mercado configura-se como a linha mestra para fixação dos parâmetros contratuais, conforme leciona Fernando Noronha.

Quanto aos contratos, em regra não se pode exigir que o equilíbrio entre direitos e obrigações das partes seja absoluto. Oportunamente veremos que se as partes têm liberdade para celebrar negócios jurídicos nos termos que tenham por convenientes, é preciso garantir a estabilidade dos contratos celebrados. Por isso, em princípio deve ser presumido o equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (em que se traduz o princípio designado da justiça, ou do equilíbrio contratual), para se preservar a liberdade das partes (elemento fundamental do princípio da autonomia privada) e não afetar a segurança das transações, que se pressupõe numa relação em que cada uma das partes deve agir de acordo com determinados padrões mínimos, socialmente reconhecidos, de lisura e lealdade (princípio da boa-fé contratual).¹⁵⁷

Dessa forma, o desequilíbrio, para configurar a inexecução involuntária, tanto quanto o equilíbrio, não pode ser presumido, ou seja, deve decorrer de situações fáticas comprováveis pelo devedor, já que diante dela, conforme preceitua Orlando Gomes, não lhe serão oponíveis as conseqüências do inadimplemento.

A inexecução de um contrato resulta, muitas vezes, de fatos que impossibilitam o cumprimento das obrigações contraídas por uma das partes. Diz-se, então, que é *involuntária* porque o devedor, embora queira, não pode satisfazer a prestação a que se obrigou. Na *inexecução voluntária*, a causa da resolução do contrato lhe é imputável. Por isso, também se chama de *inexecução culposa*, porquanto seu comportamento, intencional ou não, configura *culpa civil*. Não cumprir a obrigação contratualmente assumida é, com efeito, procedimento faltoso, quando o devedor pode, mas não quer, honrar a fé jurada. Na inexecução involuntária, a causa da resolução do contrato não é imputada à parte inadimplente porque estranha à sua vontade.

Seja qual for, porém, o motivo determinante da inexecução, opera-se a resolução necessariamente, se a causa é alheia e superior à vontade do devedor.¹⁵⁸

A inexecução involuntária pode se dar diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior, que se configura por fatos que o devedor não podia evitar ou, ainda,

¹⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações**. vol 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 176.

por condições que não poderiam ser previstas no momento da contratação.

Assim, o devedor não poderia ser onerado com a perda da contratação se, por ocorrência de situações que não foram previstas pelas partes, como, por exemplo, as alterações decorrentes da conjuntura econômica no país quando os custos que envolvem a contratação se tornam insuportáveis e evitam que o devedor tenha como arcar com as despesas vinculadas à manutenção da certificação ISO.

Observe-se que, nem sempre, o devedor altera a maneira como exerce sua atividade e seu processo produtivo, de modo que o produto final continua sendo o mesmo, com a mesma qualidade e características exigidas pelo credor. Ou seja, a inexecução não se dá por problemas no produto e sim porque o devedor não detém recursos financeiros para arcar com os ônus de realizar uma auditoria para constatação da manutenção e da melhoria implementada no seu processo produtivo, mas realizou todas as atividades vinculadas a ele, que não só não se alterou como pode até ter melhorado, entretanto, ele não consegue renovar a certificação ISO.

Importa esclarecer que a certificação ISO deve ser renovada anualmente por quem foi certificado, com todos os ônus do que decorre a manutenção da certificação.

Neste contexto a ausência de recursos para proceder a renovação da certificação ISO configura uma forma de impossibilidade que caracteriza a inexecução involuntária, pois decorre da “impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva”¹⁵⁹, e conforme leciona Orlando Gomes.

Não se deve confundir impossibilidade com dificuldade, ainda quando esta se apresenta sob a forma de *impossibilidade econômica* por ter se tornado excessivamente onerosa a prestação, mas a doutrina moderna preconiza a equiparação da *dificultas praestationes* à impossibilidade, sempre que para cumprir, tenha o devedor de fazer sacrifícios consideráveis.¹⁶⁰

E é nesse sentido a lição de Clóvis do Couto e Silva:

Se a impossibilidade ou insolvência ocorrer em virtude de fato não imputável ao devedor, cabendo-lhe a prova, resolvido estará o negócio jurídico. Não cabe direito formativo ao credor, porque este não mais pode ter interesse na prestação principal, dirigindo-se a sua pretensão, na hipótese de culpa do devedor, somente ao equivalente, mais perdas e

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 177.

¹⁶⁰ Id.

danos. O negócio jurídico ficou sem objeto.¹⁶¹

Ainda assim o contrato poderá se extinguir e o devedor sofrerá com a resolução do contrato, mas não responderá pelas perdas e danos geradas pela inexecução, vez que configurado está o desequilíbrio econômico do contrato, tal como explica Roberta Mauro Silva.

..., o princípio do equilíbrio econômico do contrato impede que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outros contratantes, ou, entre outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional, sendo expressão do princípio da igualdade substancial, consagrado no art. 3º, III, da Constituição.¹⁶²

A reflexão acerca do equilíbrio econômico das prestações assumidas pelas partes é extremamente relevante se observada diante das alterações econômicas que atingem as partes, como bem leciona Brambilla:

... a situação econômica vinda da modificação do sistema de produção e distribuição de bens e serviços, provocando do sistema jurídico uma resposta, que vem com a introdução de normas como a boa-fé, a teoria da imprevisão, a teoria do abuso de direito e da lesão, que funcionam como ferramentas para a revisão judicial dos negócios jurídicos e permitem penetrar no seu conteúdo, visando torná-lo mais eqüitativo e restabelecer o equilíbrio econômico das prestações.¹⁶³

Observa-se, portanto, que é possível a revisão dos contratos notadamente quando as condições pactuadas sofrem alterações significativas, conforme preceitua Débora Resende Cardoso:

... em que pese as partes tenham declarado a vontade inicial de cumprir o contrato de determinada forma, em razão de profundas transformações imprevistas e imprevisíveis ocorrentes no mercado, muito também como consequência da globalização, modernamente se tem reimplantado no direito das obrigações a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual, em todo contrato comutativo a longo prazo, a execução deve ser feita sob o pressuposto de as condições externas terem permanecido imutáveis.¹⁶⁴

E observa-se, nesse passo, que a manutenção da certificação pelo sistema

¹⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis do Couto. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007. p. 121.

¹⁶² SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais – proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 69/98.

¹⁶³ BAMBRILLA, op. cit., 93

¹⁶⁴ CARDOSO, Débora Resende. O fim negativo do contrato no código civil de 2002 : resolução por onerosidade excessiva. In: **A crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. MARQUES, Claudia Lima, (Coord.). São Paulo : Rvista dos Tribunais, 2007. p. 533.

de normas ISO, apesar de ser condição conhecida no início da contratação, pode, por circunstâncias posteriores previstas ou imprevisíveis, obrigar o fornecedor a um sacrifício patrimonial desproporcional ao previsto quando da contratação.

A existência dessa circunstância consiste em um desequilíbrio do contrato, não pela falta do cumprimento da obrigação pelo fornecedor, mas pela dificuldade patrimonial que o fornecedor se obrigará a suportar para atender ao interesse do credor.

A possibilidade de se resolver o contrato de forma outra que não seja mediante seu fiel cumprimento é aceita e permitida pelo direito, notadamente sob a luz dos preceitos constitucionais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo constitucional.

Ora, se se permitisse ao credor simplesmente executar o contrato, seja para obrigar o devedor ao cumprimento da obrigação, ou para resolver o contrato, tal permissão seria contrária à tutela constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não se pode afastar de qualquer análise que, por trás de um empresário, seja ele individual ou coletivo, existe uma coletividade de pessoas, sejam eles os sócios componentes da sociedade empresária, seja a família do empresário individual, sejam os empregados vinculados ao empresário, que precisam ter sua dignidade defendida. É, portanto, esse o sentido de se dizer que nenhuma contratação precisa ser mantida se sua manutenção causar prejuízo excessivo a uma das partes contratantes, sendo, portanto, necessário concordar com Débora Resende Cardoso:

Quer isto significar ser inconcebível que uma pessoa venha a sofrer prejuízos diante do cumprimento de um contrato, por fatos não imputáveis a ela, ou seja, sem a concorrência de sua culpa, simplesmente para fazer valer a palavra formalmente empenhada por meio desse poderoso instrumento de circulação de riquezas [o contrato] – que era o que ocorria no período liberal.

E como instrumento de riqueza não se pode admitir que o contrato seja instrumento hábil a que uma das partes obtenha vantagens injustificadas perante a outra, notadamente no meio empresarial, que, por força constitucional atribuiu à empresa função social para poder lhe impor obrigações positivas em face aos interesses dos grupos por ela atingidos, impingindo, assim, controle das relações por ele – empresário – desenvolvidas.

Observa-se, portanto, que o atendimento da cláusula que obriga a manutenção da certificação pelo sistema de normas ISO pode gerar onerosidade excessiva para uma das partes, o que, redundando em infringência do equilíbrio econômico do contrato e pode vir a ferir a função social a ele atribuída quando sua resolução afeta interesses outros além daqueles relativos ao credor e ao devedor, pois, como ressalva Calixto Salomão Filho, “envolve a responsabilidade por todos os efeitos sociais dessas relações livremente organizadas”.¹⁶⁵ Importa ressaltar com Calixto Salomão Filho que é a função social que detém a capacidade de “adaptar a figura do contrato a novas realidades sociais”¹⁶⁶.

A vinculação entre função social do contrato e reequilíbrio contratual é bem explicitada por Calixto Salomão Filho:

A fattiespecie de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a fattiespecie nas relações contratuais internas (i.e., entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação, histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque um aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual.¹⁶⁷

Assim, o equilíbrio do contrato passa pela análise da função social desempenhada pelo contrato na sociedade, frente ao que Calixto denomina, tendo por base a lição de Cappelletti, de “interesses institucionais”¹⁶⁸.

No âmbito da coligação contratual a questão do equilíbrio contratual mostra-se ainda mais relevante, visto que poderá afetar todos os contratos coligados entre si, não porque cada um deles contemple uma parcela da prestação, mas porque todos se referem a um mesmo fim econômico, como bem leciona José Virgílio Lopes Enei.

Os contratos coligados diferenciam-se, assim, dos contratos atípicos mistos na medida em que não correspondem à mera soma de prestações de natureza diversa a formar um único e particular contrato, mas à união de contratos que, embora preservando a sua individualidade estrutural,

¹⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**; n. 132, p. 10, a. XLII (nova série), out.-dez., 2003.

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, loc. cit., p 10.

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ Id.

comungam de uma mesma finalidade econômica.¹⁶⁹

Nesse passo, então, relevante se mostra a questão da função social do contrato para o reequilíbrio econômico, vez que a ocorrência de desequilíbrio em uma das relações coligadas poderá gerar a frustração de todos os demais contratos a ela conexos. A questão da relatividade dos efeitos dos contratos se mostra ainda mais evidente quando se está a tratar de contratos coligados, pois, neste caso, fica patente que os efeitos contratuais não se limitam somente às partes contratantes.

Analisados esses pontos, é preciso considerar ainda que a obrigação de atendimento da certificação pelo sistema de normas ISO prescinde de apurado trabalho interpretativo, pois tal relação, como já se explicitou, se dá no âmbito do direito empresarial o que implica considerar, nas palavras de Rubens Requião, seus “traços peculiares: cosmopolitanismo, individualismo, onerosidade, informalismo, fragmentarismo e solidariedade presumida”.¹⁷⁰

Algumas características do direito empresarial são explicadas Paula Forgioni:

- (i) cosmopolitanismo – ‘os comerciantes constituem um só povo’;
- (ii) onerosidade – ‘a onerosidade é a regra e ela se presume’;
- (iii) informalismo – as formalidades visam apenas a garantir segurança no tráfico.¹⁷¹

Dessas características o informalismo é o que mais atende a rapidez com as operações são concretizadas no mercado, isso não quer dizer, em hipótese alguma, que o direito empresarial seja simplista, na verdade ele é dotado de simplicidade, mas suas operações não podem ser consideradas simples ou irrelevantes.

Vencidas as questões vinculadas ao equilíbrio contratual no âmbito obrigacional, e verificadas as características que devem ser observadas quando a interpretação de negócios empresariais importa, ainda, ressaltar que apesar da origem do desequilíbrio econômico decorrem de condições imprevistas ou

¹⁶⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados. **Revista de Direito Mercantil**, n. 132, p. 113, a. XLII (nova série) out.-dez., 2003.

¹⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1^o e 2^o vol. 26^a. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

¹⁷¹ FORGIONI, op. cit, p. 23.

imprevisíveis que uma das partes podem vir a sofrer na constância de um contrato, existem outros mecanismos que geram o desequilíbrio econômico, não necessariamente no seio do contrato, mas, especificamente, no mercado, havidas sob a batuta do Estado.

Como já se demonstrou, o Estado, direta ou indiretamente, contrata com a cláusula que obriga o devedor/fornecedor a obter e manter certificação pelo sistema ISO de normas. Essa forma de contratação alija a possibilidade de alguns empresários participarem de procedimentos licitatórios, pois não são titulares de um certificado dessa natureza ou não detém condições de obtê-lo.

Nesse passo, tem-se que a atuação da Administração Pública, seja direta ou indireta, deve ser no sentido de dar cumprimento aos princípios constitucionais, notadamente ao da dignidade da pessoa, que somente é passível de concretização quando o Estado oferece ao cidadão e aos empresários mecanismos de participarem equanimente do mercado.

Ao exigir dos empresários o atendimento das normas do sistema ISO o Estado está a limitar o acesso ao mercado somente àqueles empresários que atinjam tal especificação.

Observa-se, porém, que o Estado brasileiro tem por obrigação promover “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País”.¹⁷²

Alguns mecanismos nesse sentido foram promovidos pelo Estado através da criação do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que estabelece uma série de facilitadores e redutores de burocracia para os empresários dessa natureza.

Também é nesse sentido a criação do SIMPLES, um sistema de arrecadação fiscal simplificado, que tem dois objetivos primordiais: a) facilitar a forma de arrecadação dos tributos, reduzindo o número de obrigações acessórias imputadas aos pequenos empresários e b) incrementar a arrecadação tributária, uma vez que os facilitadores também possibilitaram a redução do exercício de atividade econômica em regime de informalidade, ou seja, sem qualquer registro.

Apesar de tais mecanismos terem possibilitado aos pequenos empresários condições de atuarem livremente no mercado, com menores custos e burocracia,

¹⁷² Art. 170, IX da Constituição Federal.

ainda não foram suficientes para lhes conceder amplo acesso ao mercado. Isso porque no âmbito da contratação pela Administração Pública ainda se exige vários requisitos que empresários desse porte não detêm e não conseguirão, em curto prazo, atingir, dentre eles a obrigação de certificação pelo sistema de normas ISO.

Portanto, constata-se que a exigência imposta pelo mercado, inserida no contexto do direito empresarial como uso e costume, tem viés econômico e como tal dificilmente será afastada.

Tendo em vista este contexto, o Estado não pode se quedar inerte, deve agir no sentido de fornecer a esses pequenos empresários mecanismos para que possam obter certificação pelo sistema de normas ISO, de forma que eles possam atuar plenamente no mercado, fomentando as atividades econômicas que desenvolvem.

Para além disso, os mecanismos estatais devem atuar de forma que esses empresários possam obter contratações sem ter o risco de se ver diante do descumprimento de cláusula contratual por não deterem meios de manter o certificado pelo sistema de normas ISO.

A preocupação com o descumprimento da cláusula de obtenção e manutenção do certificado obtido pelo sistema de normas ISO não é algo que se restrinja ao círculo dos pequenos empresários, também atinge, sobremaneira e muito principalmente, os grandes empresários já que estes efetivamente são os detentores de tais certificados.

CAPÍTULO IV – CONSEQÜÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DA CLÁUSULA ISO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

4.1 A CERTIFICAÇÃO ISO COMO CONTEÚDO DA PRESTAÇÃO DEBITÓRIA

Historicamente o direito empresarial, como versão hodierna do direito dos mercadores, sempre pautou suas ações nos usos e costumes, que, somente com o passar do tempo, se consubstanciaram em lei escrita. Atualmente não é diferente, o direito continua atrás do mercado. O mercado cria e recria institutos, altera o seu significado e o conteúdo das obrigações contraídas diuturnamente em seu seio, sem que isso configure ilegalidade ou ilicitude. Da natureza da boa-fé objetiva, que pauta as relações empresariais, se obtém que basta participar do mercado para que seja exigido do empresário compreender o contexto inerente à atividade empresarial desenvolvida, bem como o alcance e significado das relações que se concretizam no mercado, sendo essa a lição da Paula Forgioni:

Destarte, quando o direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé, não está apenas dando guarida a uma regra monacal, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, extremamente útil aos mercadores e ao mercado. Essa visão faz que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo objetivada, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou determinada praça). A boa-fé liga-se, pois, umbilicalmente aos usos e costumes comerciais, dando-lhes força.¹⁷³

O direito empresarial, e assim, os contratos originados das relações inter-empresariais, não podem se pautar exclusivamente pelo que prevê hermeticamente o direito e a lei, o que reforça e demonstra a atualidade da lição de Ascarelli no sentido de que “as normas (privadas) comerciais vão sendo, com freqüência, cada vez mais aplicadas objetivamente...”.¹⁷⁴

Na interpretação dessas relações não se pode excluir e afastar os mecanismos utilizados pelos empresários quando da prática de suas negociações, bem como os parâmetros de atuação impostos pelo mercado e reconhecidos como legítimos e que fazem parte da compreensão e do uso que os empresários fazem de preceitos e conceitos inerentes ao exercício da atividade desenvolvida no mercado.

¹⁷³ FORGIONI, op. cit., 28.

¹⁷⁴ ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, abr.-jun., 1999. p. 237.

É certo, que o ambiente empresarial se utiliza do contrato para a concretização de várias de suas operações. Nem todas essas contratações ocorrem mediante contrato escrito, muitas delas se comprovam simplesmente pelos documentos fiscais emitidos pelos empresários. Todavia, existe um grupo de negócios jurídicos, caracterizados principalmente pelo fornecimento contínuo de produtos e serviços que, dado o fato de se protraírem no tempo, demandam que o ajuste entre as partes se perfaça em contrato pormenorizado no qual se especificarão todas as obrigações impostas às partes.

O contrato, tanto nas condições de fornecimento contínuo como nos negócios jurídicos informais, é uma transcrição das práticas já realizadas, demonstrando-se que o contrato deixa de “compor interesses divergentes”¹⁷⁵ para considerar os contratantes como parceiros.

Não se afasta, contudo, a autonomia da vontade que pauta a relação e é utilizada para determinar o conteúdo das cláusulas inseridas no contrato para lhe conferir função social, como leciona Leonardo Sperb de Paola, “a autonomia é funcionalizada de forma a servir a outros fins que não apenas a satisfação dos interesses individuais, ainda que legítimos, dos contratantes”.¹⁷⁶

Em certo momento o mercado passa exigir, como já explicitado, o atendimento de certos requisitos – sistema de normas ISO – o que obriga uma das partes, se tiver interesse ou necessidade, a aceitar a específica cláusula de atendimento desses requisitos. A exigência da certificação pelo sistema ISO é inerente a certos tipos de atividade econômica e, em decorrência disso, para o mercado e seus participantes, tal condição é natural e integra o restante das obrigações a serem atendidas pelas partes durante a vigência do contrato, constituindo-se como verdadeiro costume empresarial. Nesse sentido é a lição de Carlos Alberto Bittar:

Essa fenomenologia vem também gerando a instituição de normas e regras próprias ou particulares em determinados segmentos do mundo negocial, pelas empresas que nele operam, no afã de preservar seus interesses e expandir as suas atividades, buscando resultados mais favoráveis. Surgem ou desenvolvem-se então normas dentre esses grupos intermediários da sociedade, e que vêm impondo à contratação, ao lado de sua própria

¹⁷⁵ WALD, op. cit., p. 26.

¹⁷⁶ PAOLA, op. cit., p. 117.

regulamentação interna.¹⁷⁷

Essa condição, no âmbito empresarial, não tem o condão de transformar o contrato empresarial em um contrato de adesão, mas sim, as práticas de mercado passam a impor a uma das partes que o negócio pactuado somente continuará ou se estabelecerá se esse preceito for atendido.

Em contratos em curso observa-se que os empresários de maior porte, em detrimento dos micros, pequenos e médios, impõem o atendimento de condições técnicas como fator relevante para a manutenção dos contratos, contratos esses que no mais das vezes se realizam em rede através de vários contratos conexos com o quais se dá a conclusão de diversas operações empresariais.

Pela autonomia da vontade – que no âmbito empresarial persiste como sendo um princípio que os empresários entendem como válido e eficaz – permite que todas as práticas de mercado possam ser aplicadas e devem ser atendidas pelas partes, no que se inclui a obrigação de observar critérios técnicos, como a certificação ISO, pode constar do contrato.

Vencida essa constatação, pesa sobre o intérprete a necessidade de verificar a carga obrigacional que obrigações dessa natureza trazem para a contratação.

Assim, a primeira análise indispensável para se chegar a qualquer conclusão sobre o conteúdo obrigacional do atendimento de critérios técnicos como a obtenção e manutenção da certificação ISO, condição decorrente das práticas mercadológicas, demanda a verificação teórica da obrigação relativa ao atendimento do sistema de normas ISO.

Como se objetiva analisar uma questão que diuturnamente passa a se incorporar nas contratações empresariais, ou seja, que decorrem de obrigações negociais, somente nesse aspecto a relação obrigacional empresarial será tratada. Tem-se que as obrigações são o resultado fático da concretização de um vínculo – relação jurídica – entre duas ou mais pessoas – no caso empresários – no qual uma delas tem um interesse que visa atingir com o cumprimento dessa obrigação, conforme leciona Fernando Noronha:

Uma relação jurídica é um vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente

¹⁷⁷ BITTAR, op. cit., 121.

exigíveis, com vistas à realização de determinadas finalidade. Por esta via, poderemos dizer que *obrigação* é a relação jurídica em que uma pessoa (ou mais de uma) pode exigir da outra (ou de outras) uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (ou primeiras).¹⁷⁸

Por óbvio nem toda relação jurídica é idêntica e pode ser reduzida a esse simples conceito, o que pode induzir o intérprete ao erro de acreditar que todas as relações obrigacionais seriam simples, ou seja, que em cada relação existiria um único dever do devedor correspondendo a um único interesse do credor, que não é real. A maioria das relações obrigacionais existentes no mercado são relações complexas, vez que decorrem de fatos jurídicos que estabelecem vários direitos e obrigações para ambos os pólos da relação, o credor e o devedor. É nesse sentido o ensinamento de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.¹⁷⁹

Importante consignar, então, que nem no mais simples dos negócios jurídicos, a compra e venda, a complexidade está ausente, tal como se observa pelas reflexões de José de Matos Antunes Varela:

... refletindo-se sobre o mais corrente e vulgar dos negócios jurídicos, que é o contrato de compra e venda, verificamos que a relação jurídica dele nascida (também de caráter obrigacional) é já uma relação (obrigação) múltipla ou complexa".¹⁸⁰

Reforça esse entendimento a noção de relação complexa proposta por Fernando Noronha:

Numa relação obrigacional complexa considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização de interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela.¹⁸¹

A existência da complexidade, por óbvio, não se restringe ao contrato de compra e venda. Em verdade, se espalha pela maioria dos negócios jurídicos, no

¹⁷⁸ NORONHA, **Direito** ..., p. 9.

¹⁷⁹ CORDEIRO, **Da boa fé**..., p. 586.

¹⁸⁰ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2000, p. 65.

¹⁸¹ NORONHA, **Direito** ..., p. 72.

que se inclui, também, os contratos pluralaterais. Observa-se que a relação obrigacional prevista na disposição contratual sob análise não se restringirá às partes contratantes, poderá, também, abarcar os demais fornecedores inseridos na cadeia produtiva. A esses fornecedores serão impostos os efeitos alcançados pelo cumprimento e as responsabilidades redundantes da contratação, o que ocorre no caso de exigência de certificação ISO, gerando a necessidade de se interpretar tais contratos tendo em vista a função social por eles gerada.

A opção de contratação realizada pelo mercado redundante em contratos conexos ou redes de contratos, pelos quais as partes irão, nas palavras de Iturraspe, “compartilhar os efeitos, positivos e negativos, cumprimentos e descumprimento e, portanto, as responsabilidades”.¹⁸²

Para a compreensão da integralidade da relação empresarial obrigacional decorrente da imposição inserida no seio do mercado no sentido de obtenção e manutenção da certificação ISO depende da verificação dos elementos que a relação obrigacional contempla, o que num primeiro plano alude estabelecer os elementos que compõem a relação obrigacional e são indissociáveis entre si: os sujeitos da obrigação – credor e devedor – e a prestação devida, como bem leciona Fernando Noronha.

Credor, devedor e prestação devida são os elementos da relação obrigacional. O vínculo que dela se traduz é constituído com vista à realização de uma finalidade própria, que é satisfação do interesse do credor, e é composto por certos poderes e deveres, que constituem seu conteúdo.¹⁸³

De um lado tem-se o credor que é quem tem o poder de exigir da outra parte, o devedor, que é quem tem o dever de atender o interesse buscado pelo credor através da relação obrigacional, o cumprimento da obrigação. Credor e devedor são, assim, os sujeitos da obrigação. No núcleo da relação obrigacional se encontram os deveres de prestação, ou seja, a relação crédito-débito, cuja expressão máxima é a prestação devida que pode ser uma obrigação de dar, de fazer, de não fazer, bem resumida por João de Matos Antunes Varela.

A prestação consiste, em regra, num actividade ou numa acção do devedor (entregar uma coisa, realizar uma obra, dar uma consulta, patrocinar alguém

¹⁸² ITURRASPE, op. cit., 9.

¹⁸³ NORONHA, **Direito...**, p. 12.

numa causa, transportar alguns móveis, transmitir um crédito, dar um certo número de lições, etc.). Mas também pode consistir uma abstenção, permissão ou omissão (obrigação de não abrir estabelecimento em certo ramo de comércio na mesma rua ou na mesma localidade; obrigação de não usar a coisa recebida em depósito; obrigação de não fazer escavações que provoquem desmoronamento do prédio vizinho).¹⁸⁴

A prestação debitória via de regra contempla dois objetos: o imediato que é a prestação debitória, a atividade devida pelo devedor e o mediato que o objeto da prestação, a coisa, em si considerada, ou seja, o objeto fornecido. A prestação debitória, via de regra, contém alguns requisitos que lhe são primordiais: deve ser determinada ou determinável, lícita, possível e conter conteúdo patrimonial, do que decorre que a prestação debitória sempre deve comportar um valor econômico, ou seja, ser passível de avaliação pecuniária. Importante consignar que o requisito do conteúdo patrimonial para caracterizar a prestação debitória se baseia na doutrina clássica para a qual somente as obrigações dotadas de conteúdo econômico mereceriam tutela pelo direito das obrigações. Entretanto, para a doutrina mais moderna tal conceituação não merece ser aceita, tal como exemplifica Fernando Noronha:

... se todas as obrigações cuja prestação atende a um interesse legítimo do credor devem ser tuteladas, se um interesse moral é suficiente para justificar a constituição de uma relação obrigacional, então é efetivamente desnecessário que a prestação debitória deva ter valor patrimonial.¹⁸⁵

No âmbito das relações empresariais, a prestação debitória abarca, junto ao que aparentemente é o objeto imediato da prestação debitória, o fornecimento de produtos ou serviços, mediante o atendimento do sistema ISO de normas. A prestação debitória assim constituída que, por óbvio, contém todos os requisitos que lhe são inerentes: é determinada ou determinável, lícita, possível, possui conteúdo patrimonial e decorre dos usos e costumes empresariais. A obrigação de certificação pelo sistema ISO de normas agrega à prestação debitória conteúdo patrimonial para além daquele inerente ao fornecimento de produtos ou serviços, já que, diante da manutenção do certificado, o credor não necessita exercer fiscalização direta sobre o processo de fabricação do devedor titular de um certificado do sistema ISO, é o que implica em redução de custos para o credor. Com a certificação do devedor, no final da equação econômica do contrato tem-se a redução de custos do credor, vez

¹⁸⁴ VARELA, op. cit., p. 79.

¹⁸⁵ NORONHA, **Direito...**, p. 48.

que a fiscalização é exercida pelo organismo certificador e não pelo credor. As relações assim constituídas têm tendências de se protraírem no tempo, o que induz a necessidade das partes estabelecerem uma relação de confiança que suporte a continuidade. Nesse sentido é a reflexão de Leonardo Sperb de Paola:

... o caráter continuativo da relação está a exigir um reforço do dever de agir com boa-fé imposto a ambas as partes. Espera-se uma maior consideração de cada uma das partes às aspirações legítimas da outra, que estão a depender do cumprimento substancial e não meramente formal do contrato.

Da confiança e da boa-fé originam-se as pretensões e anseios das partes componentes da relação, ressaltando-se que a boa-fé a ser considerada será sempre a objetiva que, conforme leciona Roberta Mauro e Silva:

... permite que o dever de solidariedade social imposto constitucionalmente possa contaminar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes.¹⁸⁶

Dessa forma, pode-se afirmar que a relação jurídica possui vários deveres, o principal deles correspondente ao conteúdo imediato da prestação debitória e as demais correspondentes a outros deveres.

A esses deveres a doutrina costuma denominar deveres secundários e os fiduciários, anexos ou laterais.

Independentemente do nome que se dê, os deveres principais ou primários são os deveres que dizem respeito a prestação debitória, ao objeto imediato da obrigação, que expressa a satisfação direta do interesse do credor, que, no meio empresarial, consiste no fornecimento de produtos e serviços através de processo produtivo certificado pelo sistema de normas ISO.

Já os deveres secundários ou acessórios se relacionam, conforme Fernando Noronha, “à realização de prestações determinadas, mas que agora são diversas daquelas que caracterizam a obrigação¹⁸⁷”. A acessoriedade da relação entre os deveres principais com os que lhe são acessórios, como bem explicita Pontes de Miranda, é “de anexidade, e não de derivação”¹⁸⁸. Os deveres acessórios não se confundem com as obrigações acessórias, pois os deveres acessórios se

¹⁸⁶ SILVA, op. cit., p. 69/98.

¹⁸⁷ NORONHA, **Direito** ..., p. 79.

¹⁸⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves de acordo com o Código Civil de 2002. Tomo 22 e 26. São Paulo: Bookseller, 2003. p. 61.

referem a deveres de prestação relacionados a uma determinada e específica relação obrigacional, enquanto as obrigações acessórias, como leciona Fernando Noronha, “constituem relações obrigacionais completas, embora na dependência de outras obrigações chamadas de principais”.¹⁸⁹

Já os deveres laterais, anexos ou fiduciários dizem respeito a normas éticas de conduta, baseadas na boa-fé contratual e se resumem em deveres de informação, colaboração, sigilo e são aplicáveis ainda que não sejam antecipadamente determinados pelas partes, pois autonomamente exigíveis, como bem resume, José Carlos Moreira Silva Filho.

Estes [os deveres laterais] se diferenciam dos secundários pelo fato de não se dirigirem diretamente à prestação principal, ostentando um papel auxiliar na consecução do fim da relação, zelando para que esta se realize com o respeito a certos parâmetros de conduta que se apóiam na proteção da confiança que normalmente as pessoas devotam umas às outras quando se relacionam no plano obrigacional, daí a estreita ligação destes deveres com base a boa-fé objetiva, sendo ela própria fonte dos mesmos. Ainda que a prestação principal seja cumprida integralmente, a violação de um dever lateral poderá ensejar a resolução do contrato, como pode acontecer no caso de um fornecimento periódico de mercadorias, onde o fornecedor passe a realizar prestações com qualidade inferior em relação às remessas pretéritas.¹⁹⁰

Nas relações conexas os deveres laterais, conforme explicita Rodrigo Xavier Leonardo, “reverberam para além dos contratos particulares”¹⁹¹ espalhando-se de forma sistêmica para todos os contratos integrantes da rede e duradouros, quando, então, apresenta-se situação propícia para seu surgimento, como bem observa José Carlos Moreira da Silva Filho:

Estes deveres podem existir em qualquer espécie de obrigação, mas é claramente mais visível a sua presença nas relações obrigacionais duradouras, onde, em razão do longo tempo no qual a relação se desenvolve, aumentam as possibilidades concretas para o seu surgimento, bem como se releva uma maior intensidade no elo de confiança que se estabelece entre as partes.¹⁹²

A presença dos deveres laterais intensifica o princípio da boa-fé de forma

¹⁸⁹ NORONHA, **Direito** ..., p. 80.

¹⁹⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 203.

¹⁹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: Reflexões a partir de uma realidade recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, n. 832, p. 100, fev., 2005.

¹⁹² SILVA FILHO, op. cit., p. 213.

que imputa às partes a obrigação de agirem no sentido de manutenção do contrato, e de buscar alternativas para embarços gerados durante a execução do contrato, conforme preceitua Arnaldo Wald:

... a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula secundária não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Essas modificações surgiram na jurisprudência e em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão do conceito de boa-fé e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever imposto às partes de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir.¹⁹³

Ainda na seara da prestação, mais precisamente na finalidade da obrigação, constata-se que o fato jurídico do qual decorre a obrigação tem por origem o interesse do credor em ver atendida uma necessidade. Assim, nas palavras de João de Matos Antunes Varela, “o credor é o titular do interesse (patrimonial, espiritual ou moral) que o dever de prestar visa satisfazer”¹⁹⁴, sendo que o interesse do credor passível de tutela pelo direito das obrigações é aquele somente o legítimo, sério e útil. Não se pode confundir o interesse do credor, ou seja, o fim contratual com o fim econômico social do contrato, já que este, conforme José Carlos Moreira Silva Filho:

está mais associado à tipicidade do contrato e ao seu papel nas relações econômicas que se desenvolvem na sociedade de um modo geral.¹⁹⁵

Para que o interesse seja legítimo não basta que ele atenda a uma simples expectativa do credor, faz-se necessário que seja harmônico com a finalidade buscada pelas partes, finalidade essa que será sempre social. Isso porque somente a finalidade social é passível de conceder ao exercício de qualquer direito o atendimento do interesse social geral e, via de consequência, atender ao princípio constitucional da função social que permeia e abarca todas as relações jurídicas constituídas sob a égide da Constituição Federal. Tendo em vista que o interesse social é o que norteia, em última instância, a relação obrigacional, somente será dotada de interesse social a relação que tiver por escopo um interesse do credor que seja sério e útil para a sociedade, caso contrário, a obrigação não produzirá efeitos jurídicos. Decorre dessa reflexão que somente os interesses que agregam

¹⁹³ WALD, op. cit., p. 28.

¹⁹⁴ VARELA, op. cit., p. 73.

¹⁹⁵ SILVA FILHO, op. cit., p. 198.

alguma utilidade à sociedade como um todo, vez que toda obrigação tem por condão gerar riqueza, movimentar a economia, e, dessa forma, acabam por atender a uma série de anseios e necessidades sociais, poderão ser tutelados pelo direito, porque somente essas têm por origem um interesse sério já que útil à sociedade e, portanto, legítimo, como bem considera José Carlos Moreira da Silva Filho:

É evidente que há um papel nuclear exercido pela prestação principal e, conseqüentemente, adquire considerável peso o interesse do credor. Mas colocar acento apenas neste aspecto, ainda que nuclear, equivale a desconsiderar com o termo a idéia de que a obrigação, como um relação de cooperação, congrega interesses mais amplos e estipula, muitas vezes, certos deveres que mais estão associados ao interesse do devedor do que ao do credor. De qualquer sorte, o contrato assume, nos dias presentes, uma função tão relevante e complexa, que certos parâmetros são considerados obrigatórios por uma questão de ordem e interesse públicos. Assim, além do papel específico que a sua realização terá para as partes envolvidas, possui ele uma importância sem par no contexto econômico e social (daí o próprio reconhecimento legal de uma função social do contrato).¹⁹⁶

Importante considerar, nesse passo, que a concepção do que é sério e útil variará na sociedade com o passar do tempo, vez que o direito das obrigações, ao contrário do que um dia já foi paradigma de interpretação, é dinâmico e sofre influência do meio social, notadamente no direito empresarial caracterizado pelos seus elementos caracterizadores: cosmopolitanismo, rapidez na conclusão das operações e informalidade. Portanto, a interpretação dessas expressões sempre terá por base o que a sociedade expressa em determinado momento histórico como lhe sendo de utilidade para que se considere sério ao ponto de obter tutela. Se no âmbito das relações civis a influência social é importante, essa reflexão deve ser objeto de séria interpretação no âmbito das relações empresariais. Repisa-se, então, a lição de Vivante, em seu Tratado de Direito Comercial, ao demonstrar que o ambiente empresarial altera o conteúdo dos institutos jurídicos para adequá-los a realidade do mercado em velocidade que o direito não consegue acompanhar.

Tendo em vista os preceitos de utilidade e seriedade, as partes podem firmar o negócio jurídico que lhes for mais interessante e necessário, contudo, devem ter em conta que certos padrões sociais mínimos, de civilidade, colaboração, lealdade, ética e lisura, verdadeiros deveres laterais, independentemente da sua vontade, pautarão a relação como um todo, já que a boa-fé objetiva serve de arrimo

¹⁹⁶ SILVA FILHO, op. cit., p. 199.

para toda a relação jurídica obrigacional.

Dessa forma, além da obrigação atender a um interesse do credor, esse interesse deve ser tal que gere no meio social em que estão inseridos benefícios úteis à sociedade de forma que tal interesse seja passível de tutela pelo direito. Ponto importante a ser considerado na seara obrigacional complexa é o fato irrefutável de que a obrigação principal, consistente na relação débito-crédito, além de agregar outros deveres, também contempla uma gama de outras obrigações que, apesar de não serem o elemento ensejador da relação, conforme Fernando Noronha, “constituem relações obrigacionais completas”¹⁹⁷, tais obrigações são as obrigações acessórias, que têm sua existência dependente da obrigação principal. Sem a obrigação principal não existe a obrigação acessória. Há casos em que a obrigação acessória persiste independentemente da obrigação principal, como, por exemplo, a obrigação de prestar declaração ao fisco de isenção de recolhimento de imposto de renda. A obrigação principal consiste no pagamento do tributo, e a obrigação acessória na necessidade de apresentação das declarações exigidas pela lei. No âmbito do direito das obrigações é regra que “o acessório segue o principal”, de modo que, somente existiria a obrigação acessória quando a existisse a principal.

Nas relações empresariais, a obrigação principal, que gera interesse pelo credor, consiste, na maioria das relações concretizadas na entrega de coisa ou de serviço. O cumprimento das obrigações nessa seara deverá ocorrer em obediência a certas e determinadas condições que, se não se perfizerem, fazem com que o credor perca o interesse na manutenção da obrigação. E, veja-se, que algumas condições afetam toda a cadeia produtiva, elastecendo a relação obrigacional para terceiros além dos contratantes e suportada por uma nova realidade mercadológica que configura, conforme apresentada por Carlos Nelson Konder, a:

passagem da leitura do negócio isolado e individualizado pelo rígido esquema típico para a consideração (com efeitos jurídicos) do conjunto de contratos vinculados entre si no qual o negócio objeto de exame encontra-se inserido.¹⁹⁸

Os avanços tecnológicos e a especialização das atividades ampliam essa necessidade de se formarem vários contratos interligados para a realização de um fim comum, mas que, na sua origem visam a atender, juntos, uma mesma

¹⁹⁷ NORONHA, **Direito** ..., p. 80.

¹⁹⁸ KONDER, **Contratos conexos**....., p. 2.

necessidade, dando surgimento aos contratos conexos ou às redes de contratos, tal como já se analisou anteriormente.

O direito empresarial sente com mais velocidade essas alterações introduzidas pelo mercado, tanto que é no âmbito dessas relações que o “sentido” dado pelo mercado para certas condições – como a de obter e manter um certificado ISO – torna-se “natural” e “intuitiva” para àqueles que atuam nesse contexto.

Nesse passo importa esclarecer o significado do “sentido” que o mercado dá para essas condições, e para tal, nada melhor do que a lição de Weber¹⁹⁹ sobre a “ação social”. É na seara empresarial que o conceito de “ação social” de Weber se mostra mais evidente. Isso porque para o mercado, e para os empresários nele atuantes, existe todo um sentido próprio para os usos e costumes empresariais, que montam desde a origem do “comércio”. E qualquer interpretação que se faça nesse contexto deve considerar e compreender o alcance e o significado desses usos e costumes para se concretizar de maneira completa e contextualizada. A interpretação da prestação debitória nas relações obrigacionais empresariais, mormente quando se pretende estabelecer o seu integral e total conteúdo deve considerar o sentido e o significado dado pelos empresários aos usos e costumes vinculados às práticas de mercado.

A prestação debitória assim considerada se elata para trazer em seu bojo, como seu objeto imediato, tal como definido pela teoria obrigacional clássica, também os usos e costumes empresariais, que a ela – prestação debitória – se vinculam, pois são reflexos e motivos que se conectam à obrigação vez que para os empresários comportam significados motivacionais à concretização e finalização do negócio jurídico empresarial.

A verificação do inadimplemento da obrigação de obtenção e manutenção do certificado ISO deve ser considerada como uma obrigação decorrente dos usos e costumes empresariais e integrante da prestação debitória.

4.2 EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO PELO SISTEMA ISO

Tendo-se realizado a análise da certificação ISO no cotejo da prestação

¹⁹⁹ WEBER, op. cit., n.p.

debitória importa, agora, vislumbrar os efeitos gerados pelo descumprimento de tal obrigação durante a vigência da contratação realizada sob sua égide.

Entretanto, o intérprete, ao avaliar o descumprimento da obrigação nessa especial situação não pode esquecer que está diante de uma obrigação jurídica empresarial e que em tais relações existem questões especiais que precisam ser consideradas, conforme reflete, Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi.

... as particularidades do direito empresarial, e conseqüentemente, das relações obrigacionais empresariais transparecem, de forma muito natural, no momento em que tal estrutura (e.g. sujeito e objeto do negócio) é posta em relevo.²⁰⁰

Vencida essa consideração e lembrando que a revogação parcial do Código Comercial de 1850 em muito contribuiu para a perda da forma e alcance da interpretação das obrigações jurídicas empresariais, sem, contudo, prejudicar esse liame interpretativo, passa-se a análise do descumprimento da obrigação.

Para tanto, primeiramente, faz-se necessário realizar uma breve análise do descumprimento da obrigação, a fim de se verificar se tal descumprimento gera inadimplemento da obrigação e configura apenas e tão somente violação positiva da obrigação.

A fixação de parâmetros para determinar a ocorrência de inadimplemento ou de violação positiva do contrato deve passar, primordialmente, por uma análise teórica de tais situações jurídicas.

O inadimplemento significa, na definição de João de Matos Antunes Varela, a “situação objetiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor”²⁰¹. Apesar de ser um conceito bastante amplo caracteriza bem a situação de descumprimento da prestação debitória pelo devedor, independentemente da causa do inadimplemento poder ou não ser imputada ao devedor.

As conseqüências do inadimplemento variam conforme sejam praticados pelo devedor ou credor. Se pelo devedor ele deverá reparar os danos causados, entretanto, se o inadimplemento se deu por caso fortuito, força maior²⁰², ato de terceiro ou fato imputável ao credor, regra geral extingue-se a obrigação.

²⁰⁰ MUSSI, op. cit., p. 10.

²⁰¹ VARELA, op. cit., p. 60.

²⁰² O caso fortuito e a força maior contêm em si dois elementos fundamentais: a) a ausência de culpa do devedor e b) a inevitabilidade e impossibilidade de superar o evento imprevisto.

Ainda considerando o conceito amplo de inadimplemento já citado, observa-se que este, o inadimplemento, pode ser classificado de duas formas. A primeira delas quanto à causa possa ou não ser imputada ao devedor ou ao credor, situação em que o inadimplemento será total – quando a obrigação for totalmente descumprida – ou parcial – quando a prestação é cumprida somente em parte. A segunda classificação, que mais interessa para a análise das conseqüências do não cumprimento da obrigação de obtenção e manutenção do certificado pelo sistema ISO, diz respeito ao efeito do inadimplemento. Quanto ao efeito pode-se dizer que o inadimplemento será absoluto ou relativo, conforme Fernando Noronha:

O inadimplemento absoluto pode decorrer de fatos relativos ao objeto da prestação, hipótese em que se dará a impossibilidade ou a falta de interesse do credor em aceitar a prestação quando ela ainda se apresenta possível.²⁰³

O inadimplemento relativo é caracterizado pela mora. Mora é o atraso imputável por distintos fatores a uma das partes no prestar ou no receber a prestação que ainda interessa ao credor. No direito brasileiro, está vinculada ao tempo da prestação. Entretanto, se dá, também, quando a prestação não ocorre no lugar e forma previstos na lei ou no contrato. São efeitos da mora, conforme prescreve Sérgio Savi:

(i) a imputabilidade; (ii) exigibilidade imediata da obrigação; (iii) interpelação nos casos das obrigações sem prazo estipulado para o adimplemento.²⁰⁴

Assim, para que a obrigação seja exigível ela deve ser certa, líquida e estar vencida, do que decorre que a obrigação ainda pode ser cumprida, mas com atraso, pois a prestação ainda é útil ao credor, tal como apresenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O inadimplemento cria para o credor dois inconvenientes: priva-o de receber a prestação esperada, com os prejuízos daí decorrentes, e expõe-no ao risco de perder a contraprestação por ele já antecipada. Há a diminuição imediata de seu patrimônio e a frustração da vantagem que adviria com o cumprimento pelo devedor, o que significa sobre dupla perda.²⁰⁵

Estando o credor diante do inadimplemento poderá optar por resolver o

²⁰³ NORONHA, **Direito** ..., p. 80.

²⁰⁴ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In.: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 468.

²⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**, de acordo com o novo Código Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004.

contrato ou exigir o cumprimento da obrigação.

Todavia, para que o credor possa optar pela resolução do contrato é importante verificar os motivos pelos quais para o devedor foi impossível adimplir com a obrigação, bem como qual a modalidade de inadimplemento se perfez a partir do incumprimento da prestação pelo devedor.

Isso porque existem situações em que é há impossibilidades, diante das quais se vê o devedor, que tornam inviável o cumprimento da obrigação sem que gere-se para o devedor ônus insuportáveis. Importante consignar que essas situações não eram, e nem poderiam ser, conhecidas pelo devedor ao momento da fixação da obrigação com o credor, conforme Sérgio Savi:

A impossibilidade ocorre quando existe 'obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica'. Enquadra-se também no conceito jurídico de impossibilidade as situações em que o devedor teria que envidar um esforço extraordinário e injustificável para o cumprimento da obrigação.²⁰⁶

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não estabelecer qualquer diferenciação de tratamento aos diversos tipos de impossibilidade (originária, superveniente, absoluta ou relativa, total ou parcial), somente a impossibilidade originária absoluta ou objetiva, que atinge a validade do negócio jurídico, tem o condão de tornar nula a obrigação. Contudo, a impossibilidade originária relativa ou subjetiva caracteriza-se apenas por ser impossível o cumprimento da prestação pelo devedor, mas como se origina de um ato lícito e válido não gera a nulidade da obrigação. Explica-se:

A impossibilidade, quando originária, conduz à nulidade do contrato, uma vez que desde a origem as obrigações não poderiam ser cumpridas, e nas palavras de Antonio Menezes Cordeiro, “a impossibilidade a superveniente conduz à extinção do contrato”.²⁰⁷ Mas a impossibilidade somente tem caráter liberatório quando for efetiva, absoluta e definitiva, explicitadas por Antonio Menezes Cordeiro da seguinte forma:

A impossibilidade efetiva contrapõe-se ao mero agravamento da prestação conhecido por 'impossibilidade económica'. Acolhida como causa de desoneração do devedor, em nome da boa fé, logo após a entrada em vigor do BGB, a impossibilidade económica cedo mereceu críticas conclusivas,

²⁰⁶ SAVI, op. cit., p. 462.

²⁰⁷ CORDEIRO, **Estudos de ...**, p. 102.

sendo hoje recusada sem sobressaltos. Para se assistir ao desaparecimento de uma obrigação exige-se, pois, que a inviabilidade da prestação seja cabal, no sentido de não mais ser realizável por ninguém.²⁰⁸

A decorrência da obrigação não poder mais ser realizável por qualquer pessoa implica na consideração de que tal impossibilidade é absoluta, em contraposição à impossibilidade relativa, que admite a execução por terceiros. Excetuam-se dessa seara, portanto, as obrigações de cunho personalíssimo que estão diretamente vinculadas à pessoa do devedor e somente por ele podem ser realizadas. No campo do interesse do credor pode-se apontar para duas modalidades de impossibilidades, a definitiva, quando a prestação não mais interessa ao credor e temporária, verificável em situação diametramente oposta.

Resume-se, então, que o inadimplemento absoluto objetivo gera a nulidade da obrigação, o que a extingue. Portanto, a obrigação do devedor em cumprir a prestação devida e o inadimplemento relativo implica, via de consequência, em imputação ao devedor das responsabilidades geradas pelo inadimplemento, que, à vontade do credor poderá (i) resolver a obrigação ou (ii) exigir o cumprimento da obrigação acrescida das perdas e danos que o atraso no cumprimento ocasionou, aplicando-se, desta feita, os efeitos decorrentes da mora.

O credor, entretanto, ao optar por resolver a obrigação deverá refletir, ainda, que toda relação obrigacional e todo o contrato tem uma função social, pelo que, pautando-se na boa fé, deverá sopesar essa especial circunstância. Nesse sentido, observe-se a lição de Jones Figueirêdo Alves:

Essa insuficiência obrigacional deverá, portanto, ser relativizada, como resposta jurídica à função social do contrato (art. 421 do CC/2002), de modo a preservar a relação obrigacional de expressiva importância ao tráfico econômico.²⁰⁹

Daí porque não se pode admitir que o inadimplemento insignificante dê causa a resolução do contrato, pois o que se pretende proteger é a gama de interesses sociais e econômicos que cercam a relação jurídica obrigacional, notadamente, em decorrência do princípio da função social dos contratos. Essa idéia se coaduna com a nova formatação dos contratos que atualmente estabelecem

²⁰⁸ Ibid., p. 103.

²⁰⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial Performance”) do negócio jurídico como elemento impediante do direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mario Luiz.; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controversas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005, p. 407.

parcerias e não refletem situações opostas, como bem lembra Laura Coradini Frantz:

Essa nova abordagem do contrato não opera mais em termos de interesses antagônicos de 'vontades livres' que se digladiam, mas de colaboração, de existência de uma *affectio contractus*, objetivando relações contratuais equilibradas, 'permeadas pela fraternidade e justiça', que permite a compreensão do contrato não simplesmente como 'vontade de contratar', mas, igualmente, como 'vontade de manter o vínculo contratual', de executá-lo de acordo com os ditames da boa-fé e da fraternidade contratual em uma convergência mínima de interesses das partes dirigidas para uma criação comum.²¹⁰

Como já se disse, a opção pela resolução ou pelo cumprimento da obrigação ainda que a destempo, é do credor, que tem por fundamento interesse seu, mas que não pode ser objeto de uma decisão contrária à preservação do contrato. Ainda assim, ressalva-se, contudo, que, enquanto o interesse do credor ainda possa ser atendido pela prestação devida poderá ele exigir o seu cumprimento, caso em que a impossibilidade é tida como temporária, já que para o credor persiste o interesse no atendimento da obrigação. Assim, a impossibilidade temporária, como reflete Antonio Menezes Cordeiro:

não conduz a extinção da obrigação, enquanto o cumprimento mantiver interesse para o credor... A impossibilidade temporária, sendo efectiva e objectiva, exonera o devedor das consequências da mora ou do incumprimento parcelar.²¹¹

Uma vez constatada a impossibilidade absoluta, as partes devem optar por resolver o contrato, vez que, nessa circunstância não existem mais motivos para a manutenção da obrigação, tal como leciona Laura Coradini Frantz:

Diante da caracterização dos pressupostos elencados acima, seria, então, contrário à boa-fé obrigar uma pessoa ao cumprimento de um contrato e derivar desses direitos quando, em decorrência de acontecimentos imprevistos que estão fora do âmbito do risco assumido pelos contratantes, desaparecer a base do contrato.²¹²

Ao lado do inadimplemento existem as situações em que o devedor cumpre a obrigação, mas de forma defeituosa ou não perfeita, ao que a doutrina dá o nome de violação positiva do contrato, tal como definida por Sérgio Savi:

... como 'todo o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral imposto pela boa fé objetiva, quando este dever não tiver

²¹⁰ FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31

²¹¹ CORDEIRO, **Estudos de ...**, p. 103.

²¹² FRANTZ, op. cit., p. 62.

vinculação direta com os interesses do credor da prestação'.²¹³

Assim, existe, a partir da aceitação da violação positiva do contrato, a possibilidade de trazer para a relação jurídica o reconhecimento da contratualidade dos deveres laterais, vinculados à realização da prestação, sem que, no entanto, violação positiva e deveres laterais componham o mesmo âmbito, como explica Antonio Menezes Cordeiro:

Num prisma dogmático atual, a violação positiva do contrato, sendo de modo predominante, um conceito descritivo a obter pela negativa, compreende um âmbito não coincidente com o dos deveres acessórios. Deve considerar-se como integrando hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação dos deveres acessórios.²¹⁴

Ao credor, dessa forma, concede-se o direito de não só receber a indenização, mas, também, o de se valer de outros instrumentos do direito contratual como exceção do contrato não cumprido ou o direito de resolução por inadimplemento.

Concede-se, a partir da violação positiva do contrato, alta carga obrigacional aos deveres laterais como os de proteção, lealdade, informação, esclarecimento, agregados aos anteriormente citados, decorrentes da inserção da boa-fé objetivada como princípio norteador do direito das obrigações, como leciona Antonio Menezes Cordeiro:

Nela [violação positiva do contrato], a boa fé é chamada a depor em dois níveis: no campo da determinação das prestações secundárias e da delimitação da própria prestação principal, ela age sobre as fontes, como instrumento de interpretação e de integração; nos deveres acessórios, ela tem um papel determinante na sua génese.²¹⁵

Verificados o conceito e os fundamentos que caracterizam o inadimplemento, urge analisar como se dá a questão do inadimplemento diante de obrigações complexas.

Primeiro ponto a ser considerado é o fato inconteste de que as obrigações complexas comportam várias obrigações que, de per si, consistiriam em obrigações simples, sendo que uma dessas obrigações é a que comporta o principal interesse buscado pelo credor e redundante na prestação principal. As demais obrigações

²¹³ SAVI, op. cit., p. 476.

²¹⁴ CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 602.

²¹⁵ Id.

existentes no bojo da obrigação complexa são prestações secundárias.

Gravitando ao redor das obrigações complexas estão os deveres acessórios ou laterais, já mencionados, que não se confundem com as prestações secundárias, e são legitimados pelo princípio da boa-fé objetiva, e o seu incumprimento é equiparado ao mau cumprimento do contrato – configurando a violação positiva do contrato – que redunde no pagamento de perdas e danos ou aplicação da cláusula penal, se tais deveres foram contratualmente previstos.

Importante ressaltar que a prestação secundária quando não puder ser separada da obrigação principal não é prestação secundária e sim dever acessório.

Extraídas essas considerações doutrinárias importantes, então, verificar como será tratada a questão do inadimplemento da obrigação de “obter e manter a certificação pelo sistema ISO” nas relações empresariais.

Como já exposto a obrigação de “obter e manter a certificação pelo sistema ISO”, por ser expressão dos usos e costumes empresariais, integra o objeto imediato da obrigação principal e de tal forma deverá ser interpretada, pois é esse o sentido e o significado que o mercado dá para essa condição.

Assim, a questão do descumprimento da obrigação, para verificação da ocorrência ou de violação positiva do contrato passa pela verificação do interesse do credor. Para tanto, é preciso estabelecer quando a obrigação de certificação consiste em um real interesse do credor.

Tal verificação é importante, vez que, apesar dos usos e costumes empresariais inerentes ao mercado integrarem diretamente a prestação devida, nem sempre alguns desses usos e costumes ingressam no campo de interesses do credor. Isto se dá porque nem sempre todos os usos e costumes utilizados pelo mercado são aplicáveis a todas as relações jurídicas contraídas no ambiente empresarial. Algumas vezes, certas relações, dada a velocidade com que se processam ou a informalidade com que se concretizam, sequer chegam a gerar outras obrigações, além daquelas relacionadas com o objeto imediato da prestação devida. Essa situação é mais comumente verificada nas relações jurídicas imediatas, pois, quando as relações são duradouras outros usos e costumes podem ingressar na seara da prestação devida. Como, nem todos os usos e costumes empresariais, originários de obrigações, são aplicáveis a todas as relações, é importante analisar a situação fática antes de, categoricamente, apontar a existência do descumprimento da obrigação.

Partindo-se, então, da análise doutrinária anteriormente estabelecida é possível constatar que a prestação debitória de fornecimento, seja de bens ou de serviços, pode depender, para sua conclusão, da obtenção de certificação pelo sistema de normas ISO ou não, quando tal condição integra o campo de interesses do credor ou não. Quando tal obrigação for de real interesse do credor ela não pode ser dissociada da prestação debitória imediata, pelo que, o descumprimento dessa obrigação configura o inadimplemento, abrindo espaço para o credor optar pela (i) resolução da obrigação ou (ii) exigência do atendimento da obrigação nas condições pactuadas, acrescida das perdas e danos sofridas pelo descumprimento.

Se a opção do credor for pela resolução fará jus ao recebimento dos valores decorrentes da aplicação da cláusula penal contratualmente estabelecida, bem como das perdas e danos que o inadimplemento ocasionou, no que se agregam os danos que o credor sofreu, inclusive no que diz respeito ao seu bom nome e a sua imagem junto ao mercado, como bem ressalva João de Matos Antunes Varela:

O não cumprimento (inadimplemento ou inadimplência do devedor) da obrigação tem, assim, como principal consequência, abstraindo da realização coactiva da prestação, nos casos em que ela é viável (art. 817º), o nascimento de um *dever secundário de prestar* que tem por objecto, já não a prestação debitória inicial, mas a reparação dos danos causados ao credor.²¹⁶

Todavia, na outra situação cogitada, quando o credor, sem qualquer outra motivação, insere no contrato a disposição de atendimento a certificação pelo sistema ISO simplesmente porque tal cláusula é comumente utilizada no mercado, a prestação debitória de fornecimento de bens ou serviços e a obrigação de obtenção da certificação ISO podem ser dissociadas, consistindo em prestação secundária do contrato. Por ser prestação secundária, que contempla uma obrigação acessória à obrigação principal, não tornou imperfeito o cumprimento da obrigação principal sem que o devedor fosse titular de certificado limitado pelo sistema de normas ISO, já que o interesse do credor efetivamente não foi ferido pelo descumprimento dessa obrigação. Nessa situação, o contrato não se resolve por inadimplemento e nem se pode cogitar de ocorrência de violação positiva do contrato, pois se trata de prestação secundária e não de dever acessório ou lateral.

²¹⁶ VARELA, op. cit., p. 93.

Como já se demonstrou anteriormente, as contratações no ambiente empresarial ocorrem, no mais das vezes, através de contratos conexos, coligados ou redes de contratos, de modo que importa verificar a natureza do inadimplemento da obrigação de obter e manter o certificado pelo sistema ISO nas relações obrigacionais geradas desses tipos de contratos.

Veja-se que nos contratos bilaterais, os atos de terceiro não têm o condão de extinguir a contratação. Entretanto, no ambiente empresarial cada vez se observa que a conexão de contratos trazem no seu bojo a obrigação de atendimento de “certificação pelo sistema ISO” para todos os participantes dessa relação.

E é esse o sentido que se pode concluir da lição de Iturraspe²¹⁷ para quem as conseqüências que atingem um dos contratos coligados podem ocasionar a responsabilização de todas as partes envolvidas no processo. No mesmo sentido se manifesta Célia Weingarten:

O fenômeno dos contratos conexos ou coligados suscitou a atenção em vários Congressos e Jornadas, e seguindo a tendência do direito comparado, tem recorrido a idéia de unidade econômica como fenômeno da conexidade, cujos efeitos principais se projetam em dois planos: a propagação das vicissitudes de um contrato conexo sobre o outro (nulidade, anulabilidade, resolução ou rescisão) e a extensão da responsabilidade contratual àqueles que participam de um grupo de contratos conexos a partir do reconhecimento das ações diretivas.²¹⁸

Dessa forma, tomando-se, por simplicidade, o segundo caso em que o interesse principal do credor não é efetivamente o de obter um produto ou serviço certificado pelo sistema ISO, então o inadimplemento de um dos contratos vinculados em decorrência da conexão não terá o efeito de gerar a resolução de toda sorte dos contratos vinculados, caso em que a obrigação em questão se configura como uma prestação secundária, e como explica António Menezes Cordeiro, o seu não cumprimento deve ser assim tratado:

O não cumprimento de prestação secundária não prejudica o cumprimento da obrigação principal, uma vez que ela é estranha ao conteúdo desta. Há, assim, que desarticular a obrigação complexa, considerando cumprida a prestação que o foi – e logo extinta – e não cumprida a restante. Quando a desarticulação não for possível, por prejudicar o interesse do credor, importa requalificar a figura: não se trata de prestação secundária e sim de dever acessório! E nessa altura, aplique-se à ocorrência o regime

²¹⁷ ITURRASPE, op. cit., n.p.

²¹⁸ WEINGARTEN, op. cit., p. 9.

correspondente.²¹⁹

Entretanto, não é isso que ocorre quando o interesse do credor, como já explicitado, é o atender mercados em que o ingresso de produtos e serviços somente ocorre diante do atendimento da certificação ISO pelo fornecedor. Nesse caso, o inadimplemento da obrigação de qualquer uma das partes envolvida em qualquer um dos contratos ocasionará a resolução de todos os contratos conexos ou coligados, conforme leciona Ruy Rosado de Aguiar:

Nos contratos coligados, a resolução de um atua sobre o outro, resolvendo-o. Para isso, é preciso verificar, em primeiro lugar, se um contrato está para o outro assim como principal está para o acessório; nesse caso, o incumprimento da obrigação do contrato principal leva à sua resolução e, também, à do acessório. Se o descumprimento é deste, a resolução concomitante do principal somente ocorrerá se impossibilitada a sua prestação, ou tornada extremamente onerosa – a exigir sacrifício anormal e desproporcionado ao devedor -, ou se eliminado o interesse do credor. Se os contratos coligados tiverem a mesma importância, a resolução de um atingirá o outro, se demonstrado que um não teria sido firmado sem o outro (sinalagma genético), ou que a impossibilidade de um determina a do outro, ou que o incumprimento de um afeta o interesse que o credor poderia ter no cumprimento do outro (sinalagma funcional). Pode acontecer que a prestação onerosa assumida em um contrato seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um poderá abalar o equilíbrio que o conjunto dos contratos garantia.²²⁰

Diante dessas reflexões, é possível constatar que (i) se faz necessário conhecer a natureza da obrigação sobre a qual se questiona a ocorrência de inadimplemento; (ii) o interesse do credor é determinante para avaliar os reflexos que o inadimplemento gerará em relação ao contrato e a relação obrigacional e (iii) a própria natureza do inadimplemento influencia no resultado prático que será aplicado ao contrato. Sem o conhecimento e análise mínima desses pontos não é possível afirmar categoricamente se um contrato se resolverá por inadimplemento; se é possível observar a ocorrência da mora e suas conseqüências, ou se está diante de inadimplemento dos deveres acessórios à obrigação.

Além da necessária observação com relação ao interesse do credor quanto ao cumprimento da obrigação, é relevante considerar que a evolução das relações jurídicas contraídas no mercado ocasiona o surgimento de disposições contratuais indeterminadas que têm por objeto primordial a preservação da relação jurídica. Nesse mesmo sentido leciona Arnaldo Wald:

²¹⁹ CORDEIRO, **Estudos de**, p. 136.

²²⁰ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., 213.

A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes e os juristas a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença dos quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias.²²¹

Certo é, porém, que a análise de qualquer obrigação jurídica de âmbito empresarial deve considerar, como ressalva Mussi, que “o negócio jurídico empresarial serve para o empresário como meio de circulação das riquezas que lhe são próprias”.²²²

Esse contexto constitui passo relevante para a interpretação da natureza da obrigação para fins de verificação do descumprimento pelo devedor, levando-se sempre em consideração, as palavras de Mussi sobre a manifestação de vontade no ambiente empresarial.

Do ponto de vista lógico, o negócio jurídico é espécie de fato jurídico que se distingue dos atos jurídicos não negociais (atos-fatos, atos jurídicos *stricto sensu*) pela manifestação de vontade qualificada. Qualificada porque vista socialmente como destinada à produção de efeitos práticos tutelados pelo ordenamento jurídico não diretamente previstos.

...

Os agentes não querem praticar um ato cujos efeitos serão determinados pela lei, mas sim, em vista de um específico resultado prático ou jurídico.²²³

Tais reflexões devem ser extrapoladas para as relações existentes num contexto de globalização, como o que se observa atualmente, quando as estratégias empresariais têm por base grandes corporações detentoras de marcas e patentes e outras empresas de menor porte cuja atuação visa produzir para essas grandes corporações, em um sistema interligado através de uma rede de contratos.

Nesse quadro, observa-se, claramente, que os efeitos do descumprimento não se restringem somente às partes contratantes e podem-se refletir em toda a sociedade, para o que é relevante tecer considerações quanto a tais reflexos do

²²¹ WALD, op. cit., p. 28.

²²² MUSSI, op. cit., p. 10.

²²³ Id.

descumprimento.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo se objetivou analisar a regulação impingida pelo mercado através da extrapolação das obrigações empresariais pelos usos e costumes dessa mesma natureza.

Da análise histórica efetuada, pois como sustenta Ascarelli²²⁴, “é indispensável o exame histórico do direito empresarial para compreender seu alcance, objetivos e significados” constatou-se que o mercado, desde sua origem, havida sob o sistema de trocas, sempre teve sua atuação regulada por regras, usos e costumes inerentes ao próprio mercado.

Dessa atuação decorreram as Leis *Rhodias*, a criação do câmbio marítimo, cujo maior centro foi o Templo de Delos, da letra de câmbio, dos contratos de seguro, para, culminar na Idade Média, nas corporações de ofício, que, somente com a Revolução Francesa e posterior ascensão de Napoleão, foram sistematizadas e deram origem ao *Code de Commerce*, que contemplou muitos institutos utilizados até os dias de hoje.

Constatou-se, assim, que o mercado é fonte criadora de meios e mecanismos que, dada sua reiterada utilização, acabam por se transformar em regras que se incorporam ao cotidiano dos empresários, que, se não observadas, alijam o empresário de vários negócios disponíveis no mercado. Mesmo dispondo dos usos e costumes empresariais o mercado, como se demonstrou na exposição que ora se conclui, para manter e equilibrar as forças atuantes no seu seio, a partir da Revolução Francesa utilizou-se do Estado para tal desiderato. Dessa forma, demonstrou-se que o Estado ora intervém diretamente na atividade econômica, inclusive reservando para si o exercício de algumas atividades, ora age indiretamente, através de sociedades por si controladas. Tal momento histórico assistiu a atuação do Estado de Bem-Estar Social, que não conseguiu se sustentar, fazendo nascer um Estado regulatório, característica primordial do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, demonstra-se que o Estado atua sobre o mercado com o objetivo de limitar o exercício da atividade econômica evitando a formação de

²²⁴ ASCARELLI, op. cit., p. 237.

monopólios e oligopólios.

Verificou-se, ainda, que não somente dessa forma o Estado atua para limitar o exercício da atividade econômica. Tal limitação também se dá quando o Estado reconhece e incorpora Tratados e Convenções Internacionais, ou adere a organismos supranacionais como a Organização Mundial do Comércio.

Da análise, quanto à forma de atuação do mercado, pode-se concluir que várias de suas práticas passaram a se incorporar no cotidiano empresarial. Dentre essas práticas encontra-se a exigência do atendimento da certificação pelo sistema de normas ISO, as quais encontraram abrigo supranacional pelos Acordos firmados no âmbito da Rodada Uruguai da Organização Mundial do Comércio, que, sob a pretensão de redução das barreiras não tarifárias, acabou estabelecendo o sistema ISO de normas como o mais adequado para atingir esse objetivo específico.

Dessa análise pode-se concluir, portanto, que a sustentação do sistema de normas ISO como obrigação a ser observada pelos empresários que desejarem atuar no mercado decorre dos usos e costumes empresariais, bem como de Acordos e Tratados internacionais.

Passo seguinte teceu-se a interpretação de algumas normas atinentes ao sistema ISO com o desígnio de determinar o seu objeto, objetivos e abrangência. Tal análise conduziu a compreensão diversa daquela divulgada pelos meios de comunicação, mormente quando se tratam das normas atinentes as séries ISO 9000 e ISO 14000. Explica-se: As normas de que se tratou não se prestam a certificar a qualidade de produtos ou serviços, ou seja, não se prestam a dizer se um determinado produto detém certa qualidade. Seu objetivo primordial é garantir que o processo produtivo seja sempre igual, propiciando a rastreabilidade de eventuais problemas ou falhas nos produtos e serviços.

Observou-se também que a implantação das normas das séries ISO 9000 e ISO 14000 geram diversas alterações no cotidiano dos empresários, bem como implicam a realização de vários procedimentos internos que são geradores de custos diretos e indiretos, custos esse que, nem sempre, podem ser suportados por todos os empresários.

Além desses pontos pode-se concluir que, no Brasil, as normas componentes do sistema ISO, presentes no cotidiano empresarial, e são editadas pela ABNT, uma associação civil, que representa o país junto a ISO. Dessa forma, a ANBT é a responsável pela divulgação das normas no Brasil, através de sua

publicação e revisões.

Também se observou que o processo de certificação é bastante longo, implica conhecimento das normas ISO, e ainda, da compreensão de como o organismo certificador realizará a interpretação das normas à luz dos procedimentos escritos do empresário, situação que importa, em muitos casos, na contratação de consultores especializados no sistema de normas ISO, encarecendo a obtenção do certificado, bem como suas renovações. Nesse passo, concluiu-se, também, que a obtenção da certificação não é garantia de sua manutenção, visto que, anualmente, por exigência das normas, devem ser realizadas auditorias para verificação do cumprimento e atendimento dos procedimentos. Fatos que implicam em outros custos para os empresários e que, dessa forma, tornam-se elementos limitadores da obtenção do certificado por boa parcela dos empresários constituídos no país.

Constatou-se, ainda, que diante dos usos e costumes empresariais, alterou-se a forma como o mercado realiza seus negócios jurídicos e como tais usos e costumes integram as operações empresariais de forma a influenciar o ambiente de contratação empresarial, notadamente no que pertine à exigência da certificação pelo sistema ISO de normas.

Não só o mercado possibilitou que a certificação pelo sistema de normas ISO passasse a integrar as obrigações contraídas no ambiente empresarial, como também, o mecanismo de contratação se alterou devido à necessidade global de redução de custos de produção. Nessa seara observou-se uma tendência muito grande em fracionar o processo produtivo de forma que se formassem no mercado grandes redes contratuais, compostas por diversos contratos coligados.

Tendo em vista a coligação contratual analisou-se as conseqüências dessa forma de contratação para todos os empresários componentes da rede de contratos, contexto em que a obrigação de obtenção e manutenção da certificação pelo sistema de normas ISO atinge a todos os integrantes da rede, importando considerar os efeitos do descumprimento de tal obrigação por qualquer um dos empresários coligados e o resultado em relação aos demais contratos existentes nesse modelo.

Não se descurou do fato de que, na conexão contratual, os efeitos do descumprimento, anulabilidade e nulidade afetam todos os contratos vinculados entre si, não importando que as partes contratantes não sejam as mesmas e que a estrutura contratual implique em aparente desconexão entre eles.

Constatou-se, assim, que todo e qualquer descumprimento havido em

rede, seja das obrigações de obtenção e manutenção da certificação pelo sistema ISO de normas ou não, afeta a todas as partes dos contratos coligados, ainda que a específica relação em que ocorreu o descumprimento não se refira a todos os demais empresários vinculados à coligação.

A verificação das possibilidades de resolução do contrato diante do descumprimento, seja total ou parcial, da prestação devida passa, necessária e obrigatoriamente, pelo interesse do credor. É o interesse do credor, consistente na utilidade da obrigação para o credor depois de seu descumprimento, que media a resolução. Nesse aspecto não se descurou dos reflexos da impossibilidade de cumprimento da obrigação para a análise da resolução. Ao contrário, constatou-se que a impossibilidade, em certas e determinadas circunstâncias, pode elidir completamente a obrigação do devedor, ressalvando que tal somente ocorre em hipóteses bastante precisas e que demandam a análise da situação fática para que se possa estabelecer juízo de valor acertado quanto à solução mais adequada.

Fundamental, portanto, é o fato de que o descumprimento da obrigação de obtenção e manutenção da certificação pelo sistema ISO de normas pode ou não gerar a resolução da avença entabulada entre as partes.

Tal conclusão decorre, como já se explicitou, da verificação do interesse do credor que não pode ser afastado quando da análise do caso concreto. Somente a partir da compreensão total da composição da obrigação principal, ou seja, da observação de todos os elementos que a compõe, visto que existente no campo do Direito Empresarial e, por isso, sujeita aos usos e costumes comumente assentados nesse cenário, é possível estabelecer o destino do contrato.

Para além dessas questões, a análise criteriosa da obrigação empresarial também não pode se descurar do fato de que o contrato possui uma função social e, portanto, precisa ser preservado, de sorte que a resolução do contrato, com a quebra do vínculo estabelecido somente pode se dar em casos extremos, ou seja, quando, de fato, a obrigação não mais interessar ao credor devido o decurso do tempo.

Estando-se diante de situações em que persista o interesse do credor, a relação obrigacional deve prevalecer e a resolução deve ser afastada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução, de acordo com o novo Código Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004.

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial Performance”) do negócio jurídico como elemento impediante do direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mario Luiz.; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005, p. 405-414.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, abr.-jun., 1999. p. 237.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**; n. 750, p. 113, abr., 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 5. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo. Edipro, 2005.

BRAMBILLA, Sílvio. O sistema do novo código civil e do cdc e as limitações impostas à liberdade de contratar. **Revista de Direito Empresarial**; n. 1, jan.-jun., 2004.

BRANCO, Luizela Gradino B. **A arbitragem nos contratos internacionais**. Disponível em:<http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2008.

CALDAS, Ricardo W. e AMARAL, Carlos Alberto A. **Introdução à globalização: noções básicas de economia, marketing & globalização**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

CAMPNINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina. 1995.

CARDOSO, Débora Resende. O fim negativo do contrato no código civil de 2002 : resolução por onerosidade excessiva. In: **A crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. MARQUES, Claudia Lima, (Coord.). São Paulo : Rvista dos Tribunais, 2007. p. 533.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. **Revista dos Tribunais**, n. 375, p. 30.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. vol. 1, Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Estudos de direito civil**. vol. 1, Coimbra: Almedina, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis do Couto. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007.

DALLARI, Adilson. Contrato de obra pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. Do direito privado na administração pública. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147.

DURKEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. In: Durkeim. **Os pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril, 1983.

ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados. **Revista de Direito Mercantil**, n. 132, p. 113, a. XLII (nova série) out.-dez., 2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores: 1999.

FERRACIOLI, Paulo. **Negociações sobre barreiras técnicas**. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. Disponível em:<<http://www.inmetro.gov.br/barreirastécnicas>>. Acesso em: 04 abr. 2007, às 12:33.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 18, p. 75, 1996.

Folha de São Paulo. **Dinheiro**. Entenda o fracasso das negociações. São Paulo, quarta-feira, 30 jul. 2008. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3007200808.htm>>. Acesso em: jul. 2008.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**; n. 130, abr.-jun., 2003.

FORGIONI, P. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora. In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 96

ITURRASPE, Mosset. **Contratos conexos**. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. São Paulo: Renovar. 2006.

LEI nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Presidência da República. Disponível em:<<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 9 mar. 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema Comercial Internacional: Mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Novas vertentes do direito do comércio internacional**. Baueri, SP: Manole, 2003. p. 87.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: Reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*;n. 832, p. 100. fev., 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. Barreiras Técnicas ao comércio e a TPA. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. In: FERRACIOLI, Paulo. **Negociações sobre barreiras técnicas**. Ponto Focal de Barreiras Técnicas à Exportação. Disponível em:<<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>>. Acesso em: 04 abr. 2007, às 12:29.

LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*; nova série, n. 115, jul.-set., 1999, p. 64.

LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 28, out.-dez., 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los Contratos – parte general*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2004. p. 716.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI**: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

MARINS, Vinicius. Transformações do direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 7, n. 74, ago.set., 2005. Disponível em:<<http://www.presidenciairepublica.gov.br/>>. Acesso em: 9 mar. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983. p. 7.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado atualizado por Vilson Rodrigues Alves de acordo com o Código Civil de 2002**. Tomo 22 e 26. São Paulo: Bookseller, 2003.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj **Negócio jurídico: Releitura à luz do direito empresarial**. **Revista de Direito Empresarial**, n. 4, jul.-dez., 2005, p. 17.

NBR ISO 9000 – Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, 2000.

NBR ISO 9001 – Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, 2000.

NBR ISO 14000 – Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, 2004.

NBR ISO 14001 - ABNT, 2004.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**: compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética: 2006.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações**. vol 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. **Revista Forense**, n. 346, Rio de Janeiro: Forense, ago.-set., 1998. p. 121.

PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, v. 1, 2004.

REIS, Bruno P. W. O Mercado e a norma: o estado moderno e a intervenção pública na economia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n. 52, jun. 2003, p. 55-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º e 2º vol. 26ª. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

RI JÚNIOR, Arno Dal. **História do direito internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais, In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007, p. 429-454.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSAS, Roberto. Contratos Coligados. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 3, p. 53, jan.-mar., 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**; n. 132, p. 10, a. XLII (nova série), out.-dez., 2003.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia**: Nova ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro:: Best Seller, 1989.

SAPORI, Armando. **Studi di storia econômica medievale**. Firenze: Sansoni, 1940. (Nuova serie diretta da Frederico Chabod, v. 5).

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 69-98.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Mercado e política econômica**. **Revista de Direito Empresarial**, Juruá Editora n. 5, jan.-jun. 2006. p. 161.

SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Raquel et al. **Economia dos Contratos em direito & economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 102/136.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. **Revista de Direito Mercantil**, n. 137, abr.-jun., 2006, p. 227.

TERCERIZAÇÕES. Disponível em:<<http://www.jornadas-civil.org/achivos>>. Acesso em: 22 maio 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. 1, Coimbra: Almedida, 2000.

WALD, Arnold. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002. *Revista Forense*, nº 364, p. 21. Rio de Janeiro: Forense, novembro-dezembro, 2002.

WALD, Arnoldo. As novas tendências do direito administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. **O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 5ª ed. (rev. anot. org.) Johannes Winckelmann. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2000.

WEINGARTEN, Célia. Leasing: Ley 25.248 – Contratos conexos y reparación de daños. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 44, out.-dez., 2002. p. 10.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)