

A REVISÃO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ENTRE HUMANOS E ECONOS¹

**Business contracts revision on the Superior Court of Justice's case law:
between humans and econs**

Pedro Henrique Carvalho da Costa²
Emerson Luís Dal Pozzo³

RESUMO

O artigo tem como objetivo uma análise do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito de contratos empresariais, especificamente no que tange à sua revisão. Apesar da parcial unificação do direito privado com o Código Civil de 2002, o direito empresarial ainda conta com uma autonomia principiológica e normativa quanto ao direito civil, mesmo em relação à matéria de contratos. Serão estabelecidas as diferenças entre contratos cíveis e empresariais, com fundamentos como a busca pelo lucro por ambas as partes e o risco do negócio, características inerentes aos contratos empresariais. Para o estudo que se pretende, será realizada uma breve introdução ao movimento conhecido como análise econômica do direito, oportunidade na qual seus principais fundamentos e noções serão apresentados, realçando sua utilidade para a compreensão do fenômeno jurídico. A exposição será complementada como uma introdução à economia comportamental e os questionamentos que trouxe, principalmente no que tange à racionalidade dos agentes econômicos. Com esse arcabouço, serão questionados o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e dos Enunciados da Justiça Federal sobre contratos empresariais e sua revisão por parte do Poder Judiciário. Com isso, será possível demonstrar que parte de um fundamento econômico – a racionalidade ilimitada dos agentes – para propor a mínima intervenção destes contratos. Por fim, propor-se-ão sugestões acerca de como essa intervenção nos contratos deve se dar, de forma a valorizar os princípios do direito contratual, especialmente a autonomia da vontade e a força vinculante dos contratos, mas evitando

¹ Artigo submetido em 27-05-2020 e aprovado em 11-10-2021.

² Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduando em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

³ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de diversos cursos de pós-graduação em Direito no Paraná. Advogado.



injustiças, valorizando-se a análise caso a caso, com base em preceitos econômicos que se revelam úteis para o julgador.

Palavras-chave: contratos empresariais; análise econômica do direito; economia comportamental; Superior Tribunal de Justiça; revisão contratual.

ABSTRACT

The objective of the paper is an analysis of the case law of the Superior Court of Justice regarding business contracts, specifically about its revision. Despite the partial unification of private law with the Brazilian Civil Code of 2002, commercial law still has its own set of principles and rules when compared to civil law, even in terms of contract law. Differences between civil and business contracts will be established, based on the search for profit by both parties and the risk of the agreement, two inherent characteristics of business contracts. For the analysis that is sought, the movement known as law and economics will be introduced, alongside its main concepts and notions, highlighting its utility for the comprehension of the legal phenomenon. The exposition will be complemented with an introduction to behavioral economics and the inquiries it brought, mainly regarding the rationality of economic agents. With this knowledge, the understanding of the Superior Court of Justice and the Enunciates of the Federal Courts about business contracts will be questioned, demonstrating that the minimum intervention they have set has an economic basis – the unlimited rationality of the agent –. Concludingly, suggestions will be made regarding how the revision of these contracts must be made, in a way that values contractual law's principles, mainly freedom of choice and *pacta sunt servanda*, but avoiding injustices, valuing a case by case analysis, based on economic notions that can be useful for judges.

Keywords: business contracts; law and economics; behavioral economics; Superior Court of Justice; contractual revision.

INTRODUÇÃO

A manutenção da dicotomia do direito privado, entre direito civil e direito comercial, é debatida por doutrinadores há décadas. Em determinados momentos históricos, defendeu-se de forma mais enfática a unificação das duas disciplinas, por aqueles que não acreditavam existir diferenças científicas suficientes para a separação. Isso culminou com diversos diplomas legais que pretendiam a unificação, como o Código Civil Italiano e o Brasileiro de 2002.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

A pretendida unificação, todavia, não foi suficiente para eliminar as particularidades do direito comercial, perceptível tanto em suas disciplinas específicas, como no direito societário e no direito antitruste, quanto em matéria contratual. Os contratos comerciais, mesmo com a pretensa unificação da legislação de 2002, ainda gozam de autonomia científica.

Reconhecendo as distinções teóricas existentes, este artigo analisa as tendências da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na matéria referente a revisão de contratos empresariais, utilizando fundamentos da economia comportamental para estudar algumas dessas tendências.

Primeiro, serão realizadas diferenciações entre contratos civis e contratos empresariais, buscando os traços diferenciadores dos empresariais em relação aos cíveis. Mesmo com a unificação parcial do direito das obrigações, o direito empresarial ainda conta com um arcabouço normativo próprio, que deve ser devidamente distinguido do direito civil, mesmo em matéria de obrigações e contratos, especialmente no que tange à interpretação destes negócios jurídicos.

Na sequência, o método conhecido como análise econômica do direito será apresentado, com alguns conceitos fundamentais necessários para se realizar o estudo pretendido. Noções como eficiência, custos de transação e assimetria informacional serão introduzidas, bem como sua aplicação no campo do direito.

Com uma base referente à análise econômica do direito, será apresentada a economia comportamental, na condição de ramo contemporâneo da ciência econômica, que questiona alguns dos pressupostos da economia tradicional, como a racionalidade dos agentes econômicos, bem como as possibilidades de sua aplicação para o estudo do direito.

Estabelecidas estas noções, serão apresentados alguns casos do Superior Tribunal de Justiça, bem como Enunciados da I Jornada de Direito Comercial, que trazem diferenças entre contratos cíveis e contratos empresariais, no que tange à revisão e interpretação. Esses casos e enunciados serão analisados com base nos conceitos introduzidos, especialmente quanto à racionalidade limitada do agente econômico. Por fim, serão feitas algumas proposições de intervenção nos contratos empresariais, levando em conta a racionalidade limitada dos contratantes.

Para se chegar às conclusões que se pretende, será precipuamente utilizado o método dedutivo, com base na revisão bibliográfica de autores nacionais do direito empresarial, especialmente em matéria de contratos empresariais, sua interpretação e revisão. Também será utilizada a análise de jurisprudência, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, para averiguar como esses contratos são tratados. Ainda, a metodologia da análise econômica do direito será utilizada para se aprofundar a análise, utilizada como ferramenta para a interpretação do direito empresarial e da racionalidade dos agentes econômicos envolvidos.



1. CONTRATOS CIVIS E CONTRATOS EMPRESARIAIS: DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL

O advento do Código Civil de 2002, especialmente com sua intenção de unificação do direito privado em apenas um corpo legislativo, levou muitos doutrinadores a debaterem acerca da permanência de distinção entre direito civil e direito comercial. Desde antes, não eram poucas as discussões a respeito da dicotomia existente e da necessidade de sua manutenção ou extinção⁴.

Para os que defendiam sua manutenção, o direito civil apontava-se como um direito comum, aplicado indistintamente a todos os cidadãos. O direito comercial, por sua vez, era reservado para uma classe específica de indivíduos, os comerciantes⁵.

Aqueles que defendiam sua erradicação compreendiam que a manutenção da dicotomia se mantinha mais por questões tradicionais que racionais. Ainda, isso trazia prejuízos científicos, por enclausurar os comercialistas em suas próprias regras, desconexas das demais, bem como sociais e jurídicos, com riscos de aplicação de normas comerciais a não-comerciantes

Fábio Konder Comparato chegou a afirmar que, mesmo com a coexistência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, não havia propriamente dois sistemas obrigacionais: as normas mercantis eram apenas marginalmente distintas das cíveis⁶.

O resultado do Código Civil de 2002 foi uma unificação apenas parcial do direito privado⁷. Não deixaram de coexistir, contudo, os diversos microsistemas que foram criados com o passar dos anos de vigência do Código Comercial. Com mais de 150 anos de vigor, ao lado de diversos avanços tecnológicos e sociais, foram gradativamente sendo promulgadas novas leis de direito comercial, tratando de assuntos de forma paralela ao Código Comercial⁸.

Citam-se, a título de exemplificação: o Decreto 3.708/1919, que introduziu as sociedades limitadas no ordenamento; o Decreto 57.663/1966, que promulgou a Lei Uniforme de Genebra, que trata de letras de câmbio e notas promissórias; a Lei 6.404/1976, a Lei das Sociedades por Ações; a Lei 8.934/1994, sobre o registro

⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33.

⁵ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 87.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 251.

⁷ FÁRIA, Marina Zava de. DAMASCENO, Mayron Morais. Um novo código comercial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 89/2018, mai. 2018, p. 97.

⁸ *Ibidem*, p. 99.



mercantil; a Lei 9.279/1996, a respeito da propriedade industrial; e a Lei 12.529/2011, que fundamenta o sistema antitruste do Brasil.

Em um primeiro momento de sua trajetória acadêmica, Cesare Vivante defendeu a unificação do direito privado. Posteriormente, passou a criticá-la ante o desafio de elaboração de um código unificado na Itália, compreendendo como algo que traria prejuízo para ambas às ciências, possuidoras de metodologias distintas⁹.

A unificação normativa, especificamente no campo do direito obrigacional, também não foi suficiente para acabar com as distinções entre os dois ramos do direito. Paula Forgioni destaca que, como área do direito que regula o mercado, o direito empresarial é dotado de uma principiologia própria, que acaba levando a uma lógica de interpretação de contratos necessariamente distinta dos contratos cíveis¹⁰.

Dentre os traços definidores do direito comercial, a autora destaca o cosmopolitismo, a onerosidade e a informalidade. Fran Martins, de forma similar, considera a simplicidade, a internacionalidade, a rapidez, a elasticidade e a onerosidade como elementos característicos do direito comercial. Tulio Ascarelli, por sua vez, levanta a liberdade de formas, a boa-fé, a presunção de onerosidade dos contratos, o caráter internacional e a preocupação com o abuso de poder econômico como marcas desse ramo¹¹.

Apesar de haver apenas uma disciplina normativa a respeito da teoria geral dos contratos, localizada entre os artigos 421 e 480 do Código Civil, ainda é possível destacar elementos que distinguem os contratos empresariais dos cíveis. Tal diferenciação, inclusive, pode ser traçada à Constituição Federal de 1988, que reconhece a finalidade dos contratos interempresariais na ordem econômica¹².

De forma geral, pode-se definir contrato como “um acordo de duas ou mais partes para entre si, constituir, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial disponível”¹³ ou, ainda, como um “instrumento de

⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 24, 2004, p. 24.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 130, abr.-jun. 2003, p. 22.

¹¹ Ibidem, p. 23.

¹² BAZZANEZE, Ricardo. Contratos interempresariais, características e forma de interpretação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 6, ano 4, 2018, p. 625.

¹³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, v. 4, p. 3.



compatibilização de direitos disponíveis na busca de sua harmonização, para que deem origem a negócios jurídicos”¹⁴.

Essas definições podem ser aplicadas para qualquer tipo de contrato. É necessário compreender quais são os traços distintivos dos contratos chamados de empresariais ou mercantis.

Paula Forgioni considera empresariais os contratos que são firmados entre duas empresas¹⁵. Ao estabelecer essa definição, os contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor são dela excluídos, vez que sempre terão uma empresa num polo e um consumidor no outro.

Importante destacar que a autora utiliza a expressão *empresa* em um sentido ligado à economia, da empresa na condição de agente econômico¹⁶. Numa linha mais tradicional do direito empresarial, que considera a empresa como *atividade*, exercida por um sujeito de direito, o *empresário*¹⁷, é possível definir o contrato empresarial como a relação jurídica na qual, em ambos os polos, estão presentes empresários.

Para caracterizar quem é empresário, é necessário, primeiro, buscar a definição legal, positivada no artigo 966 do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O adjetivo *profissionalmente* significa que a empresa deve ser exercida com regularidade, não caracterizando elemento de empresa aquele sujeito que produz ou circula bens ou serviços de forma eventual; por *organizada*, entende-se que o empresário se utiliza dos meios de produção para produzir, com bens e pessoas reunidas para a produção se concretizar.

O parágrafo único traz uma exceção à regra: atividades consideradas intelectuais (científicas, literárias ou artísticas), independentemente de se enquadrarem na definição do *caput*, estão excluídas da empresariedade. Trata-se de uma importação inadequada do direito italiano, no qual prestadores de serviços intelectuais não podem constituir sociedades personificadas¹⁸. Por consequência dessa distinção arbitrária,

¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

¹⁵ FORGIONI, Paula A., 2018. Op. cit., p. 27.

¹⁶ Ibidem, p. 23.

¹⁷ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

¹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 21.



prestadores de serviços de advocacia e medicina, por exemplo, mesmo reunidos em sociedade, não poderão aproveitar de diversos benefícios da legislação comercial, como a recuperação judicial.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, após comentarem a empresariedade no Código Civil, notam que, apesar da distinção firmada pelo parágrafo único, o estudo e a interpretação de contratos firmados por profissionais intelectuais devem equiparar-se ao dos contratos empresariais, quando atuam de forma profissional no exercício de suas atividades econômicas¹⁹.

Pode-se dizer que, para que determinada obrigação seja qualificada como empresarial, são necessários um requisito subjetivo e um objetivo. O primeiro diz respeito aos sujeitos que contratam que, conforme exposto, devem ser empresários; o segundo é quanto ao conteúdo da obrigação, que deve estar relacionada ao exercício da atividade empresarial de ambas as partes²⁰.

Entrando na causa dos contratos empresariais, Paula Forgioni destaca que a busca pelo lucro é o fator diferenciador mais marcante nos contratos firmados entre empresas²¹. Ao contrário dos cíveis, nos quais uma parte almeja o lucro e outra um bem ou serviço para si, nos contratos empresariais ambas as partes têm o lucro em seu escopo, algo que condiciona como irão atuar perante a relação contratual.

Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao tratar das principais características dos contratos empresariais, destaca:

Nesta categoria de contrato, mais do que em qualquer outra, há uma maior sujeição aos usos e costumes e a característica da informalidade e da atipicidade em seus pactos, fruto ou da utilização imemorial de suas práticas ou da engenhosidade e dinamicidade da atividade empresarial que conduz o agente econômico à criação e ao aperfeiçoamento de modelos contratuais que sejam adaptáveis às suas necessidades negociais²².

Na mesma esteira, Paula Forgioni apresenta balizas de como deve se dar a interpretação específica dos contratos interempresariais:

- (i) segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações no mercado;
- (ii) os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito;
- (iii) ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito;
- (iv) a força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público;

¹⁹ Ibidem, p. 25.

²⁰ BAZZANEZE, Ricardo. Op. cit., p. 624.

²¹ FORGIONI, Paula A, 2018. Op. cit., p. 38.

²² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit., p. 14.



(v) os usos e costumes são fonte de direito comercial; a racionalidade econômica dos agentes não pode ser desconsiderada pelo direito estatal, ainda que determinado ato (praticado de acordo com essa racionalidade) venha a ser considerado ilícito²³.

Exemplificando o que foi exposto até o momento: numa relação jurídica que envolva a venda de um determinado bem, como um computador, é possível verificar, ao menos, três diferentes facetas que essa relação pode tomar:

- a) Caso trate-se de um sujeito que tem a propriedade e a posse do computador e deseja se desfazer dele, por não mais lhe trazer utilidade, ter-se-á um contrato cível, no qual o vendedor do bem busca obter lucro com essa venda, ao passo que o comprador pretende usufruir do computador, que agora integra seu patrimônio;
- b) Numa situação distinta, em que um sujeito se desloca até uma loja para adquirir um computador, a relação será de direito do consumidor, pois, de um lado, tem-se o fornecedor de computadores (que será um empresário), que busca o lucro com essa venda, e o consumidor, que deseja o computador para utiliza-lo como lhe couber;
- c) Se observarmos uma compra e venda entre uma loja de computadores e uma fábrica de computadores, no qual a fábrica vende para a loja, que posteriormente irá revender os bens, a relação será de direito empresarial, com empresários em ambos os polos, visando a maximização do lucro.

Em cada uma das situações, devem ser levadas em conta suas características essenciais, não sendo lógica a aplicação de um regime uniforme. Na relação de direito do consumidor, há uma parte que evidentemente possui mais informações sobre o bem que está sendo vendido. É dever do direito minimizar as assimetrias de informação entre o consumidor e o fornecedor, sendo justificada uma intervenção mais acentuada.

Nos contratos cíveis, há uma presunção de paridade entre as partes, sendo autorizada a intervenção estatal apenas quando devidamente comprovado que houve algum abuso praticado por uma das partes, como nos vícios do negócio jurídico dolo e lesão²⁴. A regra, inclusive, é a de que a intervenção judicial é excepcional.

Nos contratos empresariais, a presunção é outra: não apenas se espera que as partes estejam em paridade de armas, mas que sejam especialistas no assunto²⁵ e que tenham conhecimento do ramo de mercado em que atuam. Nessas situações, a intervenção estatal é ainda mais restrita, podendo o contrato ser revisto somente em

²³ FORGIONI, Paula A, 2003. Op. cit., p. 23.

²⁴ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. DEZEM, Renato Mota Maciel Madeira. Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 50, jul.-ago. 2019, p. 124.

²⁵ Ibidem, p. 125.



casos de comprovação de abusos econômicos perpetuados por uma das partes, que tornem o contrato efetivamente impossível de ser cumprido.

Outra característica que pode ser diferenciada nos contratos interempresariais, comparado aos cíveis, é a presença do risco do negócio²⁶. Característica das relações empresariais em geral, ao firmar um determinado contrato, o empresário está arriscando seu patrimônio em determinado negócio, que pode ou não vingar, a depender de sua habilidade e de fatores alheios.

Ricardo Bazzaneze cita precauções que o empresário deve ter ao contratar:

Na análise de riscos para maximização dos resultados, as partes devem considerar, por exemplo, (i) a possibilidade do inadimplemento pelo devedor, por fato de terceiro, fato do príncipe ou caso fortuito, e (ii) a diminuição da satisfação econômica do negócio pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas ou previsíveis (álea normal) ou não previsíveis (álea extraordinária), que não comportam inadimplemento em sentido técnico, mas sim uma desordem na economia originária do negócio celebrado²⁷.

Essas preocupações não são acentuadas nos contratos cíveis, pois tendem a não portar execução tão diferida.

Com base nesta breve exposição, foi possível verificar que, em que pese a tentativa de unificação das obrigações pelo Código Civil de 2002, os contratos empresariais não perderam sua autonomia. Há ainda distinções notáveis entre os comerciais e os cíveis, seja pelos sujeitos que os firmam, seja pelo conteúdo material da obrigação ou pelos objetivos que ele pretende exercer no mercado.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA DE ESTUDO E O CONTRIBUTO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Para complementar o estudo que se pretende, faz-se imperioso realizar uma rápida explicação acerca do movimento conhecido como análise econômica do direito.

Ivo Gico Jr. define a análise econômica do direito da seguinte forma:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o

²⁶ BAZZANEZE, Ricardo. Op. cit., p. 634.

²⁷ Ibidem, p. 635.



desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências²⁸.

Trata-se, portanto, de uma metodologia que pretende utilizar as ferramentas da ciência econômica – mais especificamente, da microeconomia – para realizar uma análise do fenômeno jurídico – das leis, de sua interpretação, da jurisprudência ou da aplicação do direito.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau comentam que a utilização de conceitos econômicos para se compreender o direito pode ter traçado até Maquiavel, Hobbes e Locke, porém o movimento contemporâneo surgiu em meados do século XX, nos Estados Unidos²⁹.

Como movimento, doutrinadores tendem a considerar a publicação da obra “The Nature of the Firm”, de Ronald Coase, em 1937, como marco para início do método *law and economics*³⁰. A partir da década de 1970, tal movimento toma forças nas universidades estadunidenses, capitaneados por Richard Posner³¹.

No Brasil, a análise econômica do direito ainda é considerada incipiente, iniciando sua difusão somente no começo da década de 2000, oportunidade na qual foi explorado nas academias. Atualmente, tem contado com um crescente número de doutrinadores qualificados³².

A ideia central da economia é que seres humanos respondem a incentivos, sendo objetivo da ciência econômica o estudo de como isso ocorre e como pessoas realizam escolhas. O direito, com seu objetivo precípuo de regular a vida social, estabelece regras para a sociedade, as quais se apresentam como incentivos negativos ou positivos para as pessoas³³.

Como a economia é a ciência que estuda como realizamos escolhas frente a recursos escassos, é necessário compreender como é a melhor alocação desses recursos limitados. Alguns conceitos fundamentais para se compreender a análise econômica do direito são: eficiência, custos de transação, assimetria informacional e racionalidade limitada.

A ideia de eficiência está ligada à noção de melhor utilização dos recursos (que são escassos) para atender a maior quantidade de demandas possíveis. Para se

²⁸ GICO JR., Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17.

²⁹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

³⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 71.

³¹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 11.

³² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 80-81.

³³ TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 75, jul-ago. 2007, p. 178.



definir se uma escolha é eficiente ou não, economistas utilizam, em essência, de dois critérios: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks³⁴.

Utilizando o critério de Pareto, um evento será considerado eficiente caso não seja possível modificar a situação das partes envolvidas sem que uma seja prejudicada: esse ponto de equilíbrio será o Ótimo de Pareto³⁵. Um caso Pareto eficiente, contudo, nem sempre será justo, não sendo difícil cogitar situações em que duas partes, apesar de estarem em condições díspares, não podem modificar seu estado sem que uma seja prejudicada.

O critério de Kaldor-Hicks apresenta-se como uma evolução do conceito de eficiência paretiana, dispondo que a eficiência se dá “quando a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores, a despeito de que realmente assim o façam”³⁶.

A ideia de maximizar o bem-estar deve ser compreendida de forma ampla, não apenas no sentido de riquezas, mas também de todas as vontades dos sujeitos. A noção aproxima-se da ideia de maximização da felicidade do utilitarismo, corrente filosófica com a qual a análise econômica do direito está inevitavelmente relacionada³⁷.

A noção de custos de transação vem como um contraponto à economia neoclássica, que trabalhava com mercados ideais, de custos zero. Nos mercados reais, as partes dispendem de recursos para que possam chegar à negociação.

A ideia não é limitada a custos financeiros. Podem ser destacados os seguintes tipos de custos que os agentes encontrarão até que cheguem à conclusão da barganha: custos de busca, de arranjo e de execução³⁸. Essa noção é importante para a análise econômica do direito, haja vista que, quanto menores forem os custos de uma transação, melhores resultados serão obtidos. A máxima disso pode ser expressa no Teorema de Coase, segundo o qual as partes sempre chegarão a uma solução eficiente, caso os custos de transação sejam zero³⁹.

Assimetria informacional dá-se quando uma parte possui maiores informações sobre o negócio do que a outra, de forma que possa desequilibrar a operação em seu

³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 101.

³⁵ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

³⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 103.

³⁷ FERES, Marcos Vinício Chein. Do princípio da eficiência econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, vol. 8, p. 26-46, jan. 2001, p. 25.

³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Op. cit., p. 123

³⁹ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.



favor⁴⁰. Um simples exemplo é capaz de ilustrar esse acontecimento: numa venda de um carro usado, o comprador terá as informações que o vendedor o fornecer, a respeito da qualidade do veículo que pretende adquirir. O vendedor pode omitir para si informações que seriam prejudiciais para o negócio, como defeitos ocultos que diminuiriam o valor do carro, gerando um desequilíbrio informacional.

O papel do direito nesse aspecto deve ser de diminuir a assimetria informacional, para que ambas as partes possam ter ao máximo a paridade de armas. Exemplos de usos do direito nesse sentido incluem o Código de Defesa do Consumidor, que confere ao consumidor um tratamento favorável, como forma de compensar a assimetria informacional.

Por fim, a análise econômica do direito parte do pressuposto que todos os agentes são racionais, isto é, realizam escolhas que visam maximizar seu bem-estar e minimizar suas perdas⁴¹ (TOMAZETTE, 2007, p. 178).

A maneira de compreender essa racionalidade é distinta da economia neoclássica, que tinha como modelo agentes com racionalidade ilimitada, que sempre realizariam as melhores escolhas, desconsiderando que estariam sujeitos a diversas questões subjetivas que afetam suas escolhas. As assimetrias informacionais também são capazes de gerar distorções ao que seria uma transação racional⁴².

É com esse conceito de racionalidade que a análise econômica do direito trabalha, reconhecendo que os indivíduos nem sempre realizam escolhas de forma ótima, porém ainda assim tendem a maximizar seus interesses⁴³.

Com base nesses conceitos, é possível realizar uma análise econômica dos mais diversos ramos do direito, não se limitando apenas ao direito empresarial, haja vista que o objetivo é compreender como as pessoas realizam suas escolhas e qual é a forma mais eficiente de alocação dos recursos, com base nessas premissas.

A superação do paradigma da racionalidade absoluta dos agentes econômicos fez com que um novo movimento na economia tomasse força a partir da década de 1970, chamado economia comportamental ou behaviorismo. Em contraposição aos modelos ideais concebidos pelos economistas neoclássicos, os behavioristas começaram a questionar o pressuposto da racionalidade humana e o processo de tomada de

⁴⁰ SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos – Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral do contrato**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80.

⁴¹ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 178.

⁴² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62.

⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017, p. 29.



decisões, demonstrando que há mais que uma simples análise de preços na tomada de decisões⁴⁴.

Com base em diferentes pressupostos, não apenas se afasta a noção de que todos os agentes econômicos agirão sempre de forma racional e que o comportamento humano é imprevisível, mas também é possível verificar situações em que a irracionalidade pode trazer resultados positivos⁴⁵. Nas palavras de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves:

A Economia Comportamental aponta que não são simplesmente os aspectos econômicos que devem ser analisados nas decisões dos sujeitos. Há todo um conjunto de normas sociais, contextuais e de processos psicológicos que também devem ser analisados nas teorizações⁴⁶.

Quanto às contribuições para a análise econômica do direito, Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler ensinam que o objetivo do *behavioral law and economics* é o estudo do comportamento de pessoas reais e suas implicações para o direito, não do ser humano com racionalidade ilimitada idealizado pela economia neoclássica⁴⁷.

A economia comportamental chama o ser humano perfeito da economia neoclássica de *homo economicus*, ou “econo”, que é aquele que sempre toma decisões de forma correta. A maior parte das pessoas, que possuem dificuldades, falhas e tendências, são *homo sapiens*, chamados simplesmente de “humanos”⁴⁸.

As premissas que a análise econômica comportamental parte são de que humanos possuem limites em suas habilidades cognitivas; tomam decisões que podem ser conflituosas e causar prejuízos a longo prazo; e de que pessoas se importam com a maneira como são tratadas em todas as suas relações e reagem a incentivos positivos e negativos⁴⁹.

⁴⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a Racionalidade em Mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, p. 457-472, 2018, p. 462.

⁴⁵ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78.

⁴⁶ Ibidem, p. 81.

⁴⁷ JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, **Stanford Law Review**, vol. 50, no. 5, May 1998, p. 1476.

⁴⁸ THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 15-16.

⁴⁹ JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard. Op. cit., p. 1477-1479.



3. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RACIONALIDADE LIMITADA DO EMPRESÁRIO

Os temas que foram discorridos até agora servem para embasar a análise que se pretende, que é de como os contratos empresariais são tratados na jurisprudência brasileira, com foco no Superior Tribunal de Justiça.

Os contratos empresariais, mais do que os demais tipos de contratos, têm a revisão judicial vista como exceção, sendo apenas aceita em casos em que haja um arcabouço probatório considerável no sentido de haver uma falha do negócio jurídico, com julgadores sempre tendendo a manter a essência do negócio ao máximo, privilegiando o princípio da autonomia privada.

Essa tendência foi reforçada com a Medida Provisória 881 de 2019, que foi convertida posteriormente na Lei nº 13.874/2019, conhecida popularmente como Lei de Liberdade Econômica. Uma das alterações promovidas no Código Civil foi a inclusão do artigo 421-A, que possui a seguinte redação:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Essa inclusão pode ser considerada a positivação de um entendimento doutrinário recorrente, no sentido de que aos contratos celebrados entre empresários não se poderia dar o mesmo tratamento dos contratos civis, devido às especificidades das obrigações comerciais. Cita-se, como exemplo, os seguintes enunciados da I Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal:

21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

28. Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.



Como exemplo da aplicação desse entendimento, traz-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro.

2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1409849/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 05/05/2016 – grifei)

Outro julgado serve para ilustrar como o Superior Tribunal de Justiça percebe as diferenças entre direito civil e direito empresarial, especialmente no tocante a contratos, estabelecendo premissas distintas para a interpretação de ambos:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.

3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o



lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 936.741/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012 – grifei)

Verifica-se uma predileção da Corte Superior para a autonomia do contrato empresarial, especialmente no que toca ao princípio da autonomia privada.

Newton de Lucca explica que o conteúdo desse princípio é justamente o poder que as partes possuem para não apenas decidir os termos da contratação propriamente dita, mas também com quem contratar e qual será a forma e o conteúdo da contratação, desde que observem as normas de ordem pública e os bons costumes⁵⁰. Trata-se de uma materialização do princípio da liberdade, de índole constitucional, no direito privado⁵¹.

A importância desse princípio é tamanha que, no Projeto de Código Comercial que está em trâmite no Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 487/2013), a autonomia da vontade é listada em seu artigo 17, como um dos princípios aplicáveis aos contratos empresariais:

Art. 17. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:

I – autonomia da vontade;

Os Enunciados citados anteriormente, apesar de não possuírem força normativa, representam posicionamentos consolidados por parte da doutrina. Seguindo esse entendimento, não seria possível requerer a revisão de contratos com base em argumentos da lesão. E, caso aventada a onerosidade excessiva, sua análise deve passar por um escrutínio mais rigoroso do que se dá nos contratos cíveis.

Os demais vícios do negócio jurídico – erro, dolo, coação e estado de perigo –, previstos entre os artigos 138 a 156 do Código Civil, permanecem sendo aplicáveis. Porém, há de se presumir que passam pelo mesmo crivo rigoroso, a depender de provas concretas de sua ocorrência, ante uma presunção absoluta de profissionalidade dos contratantes e sua *expertise* no mercado.

Com base na economia comportamental, pode-se dizer que a doutrina e a jurisprudência tratam o empresário como econo, não como humano. A repetição de locuções como “profissionalismo” e “sofisticação” mostram que se considera que os

⁵⁰ LUCCA, Newton de. A principiologia inerente aos contratos comerciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 932, set. 2012, p. 190.

⁵¹ SCHMITT, Victor Machado. Revisão judicial dos contratos: implicações econômicas e critérios para intervenção do Judiciário no domínio privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 93, set. 2018, p. 78.



empresários atuam com uma racionalidade ilimitada, nos moldes da economia neoclássica.

É necessário que se considere que empresários estão sujeitos a erros como qualquer outra pessoa; o simples fato de agirem dentro do mercado não lhes torna infalíveis. Há duas falhas que podem ser especialmente notadas em empresários, explicadas em termos da economia comportamental.

A primeira delas é o excesso de confiança ou de otimismo. Sunstein e Thaler notam que isso é generalizado na vida humana, o que faz com que as pessoas muitas vezes superestimem sua capacidade e não tomem as devidas precauções contra danos, por não acreditarem que esses problemas irão acontecer⁵².

Isso se verifica comumente entre empresários: apesar de cerca de 20% das empresas não sobreviverem ao primeiro ano e mais da metade não completarem cinco anos⁵³, é difícil encontrar um empresário que acredite que seu negócio não terá sucesso.

Da mesma forma, dificilmente uma parte ingressará em uma relação contratual caso creia que sua situação não melhorará com o contrato, muitas vezes sem cogitar as consequências a longo prazo.

O segundo é o viés do *status quo*, segundo o qual indivíduos tendem a manter as coisas como estão, sem que haja mudanças no padrão⁵⁴. Isso pode levar a comportamentos e situações que nem sempre são as escolhas mais eficientes, como em contratos por prazo determinado que preveem a prorrogação por prazo indeterminado a seu fim, sem necessidade de aditivo ou ação das partes.

Em termos de alocação dos recursos, isso nem sempre pode ser a opção mais eficiente: se o contrato foi firmado por prazo determinado, possivelmente suas cláusulas e condições foram pensadas para uma relação finita, não sendo vantajoso sua prorrogação automática para a parte.

Há de se considerar, ainda, que, em razão de os agentes econômicos atuarem segundo uma racionalidade limitada, não é possível a elaboração de contratos que prevejam todas as situações supervenientes⁵⁵. A incompletude dos contratos também pode ser ocasionada por comportamento oportunista de uma das partes, numa situação em que a assimetria informacional é elevada.

⁵² THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 44

⁵³ PAIVA, Rafael Bianchini Abreu. BALTHAZAR, Luiza Silva. Contribuições da economia comportamental para o direito empresarial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 113, jan.-dez. 2018, p. 336.

⁵⁴ Ibidem, p. 338.

⁵⁵ [CATEB, Alexandre Bueno](#); [GALLO, José Alberto Albeny](#). Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 1, 2009, p. 3.



Questiona-se, inclusive, se seria possível a elaboração de contratos completos, seja pela limitação da racionalidade dos agentes, seja porque, caso isso seja possível, os custos seriam elevados a ponto de deixar a contratação menos interessante para as partes⁵⁶.

Feitas estas considerações, não se pretende sugerir uma mudança paradigmática na revisão judicial dos contratos empresariais, para que haja maior intervenção nestes contratos, em detrimento da autonomia da vontade. Como leciona Paula Forgioni, o mercado precisa de agentes que atuem de forma racional para que funcione de forma regular⁵⁷.

Um exemplo da aplicação dessas ideias na interpretação de contratos é a busca por relações de dependência econômica entre os empresários contratantes, verificando, no caso concreto, se a assimetria informacional é notável e elevada, bem como se houve alguma falha de racionalidade, nos moldes expostos, que podem ser remediadas por meio de uma heterocomposição.

O risco é inerente ao negócio jurídico empresarial, sendo um dos fatores de diferenciação dos contratos cíveis. O uso da onerosidade excessiva como fator de revisão deve, no mesmo sentido dos Enunciados transcritos, ser mais severo que nos contratos cíveis, mas não pode deixar de realizar uma análise cuidadosa do contexto fático das partes.

Devem ser feitas perguntas como “era razoável que os contratantes previssem essa situação?”, “um empresário médio conseguiria antever essa situação, que causou o desequilíbrio da relação jurídica?” ou “uma parte agiu de forma oportunista, não revelando informações cruciais à outra, de forma a prejudicar a contraparte?”.

As conclusões feitas pelos juízes Paulo Furtado de Oliveira Filho e Renata Mota Maciel Madeira Dezem são nesse sentido:

Em síntese, é preciso considerar que o método de interpretação dado pelos juízes influencia o conjunto de contratos que serão pactuados na sequência, situação que impõe se afastarem interpretações ingênuas, voltadas apenas ao caso concreto, sem considerar os reflexos em todo o mercado envolvido, assim como a lógica econômica e as peculiaridades dos contratos empresariais não podem ser olvidadas pelo julgador⁵⁸.

Devem ser, igualmente, afastadas as aplicações simplistas dos princípios do direito empresarial, em prol de uma hermenêutica responsável, que aplique os princípios da autonomia privada e da força vinculante dos contratos de forma crítica a cada caso, sempre visando ao máximo manter a relação contratual, mas evitando injustiças nas situações em que seja realmente necessária a intervenção estatal.

⁵⁶ Ibidem, p. 9.

⁵⁷ FORGIONI, Paula A, 2018. Op. cit., p. 103.

⁵⁸ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. DEZEM, Renato Mota Maciel Madeira. Op. cit., p. 139.



4. CONCLUSÃO

Neste artigo, foi possível realizar uma análise de contratos empresariais com base na economia comportamental, especificamente no que tange a seu tratamento pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Os contratos empresariais ainda gozam de independência teórica e prática em comparação aos contratos cíveis, devendo a unificação do direito das obrigações promovida pelo Código Civil ser vista de forma crítica, sem retirar dos contratos mercantis suas peculiaridades, como a busca do lucro por ambas as partes e a presença do risco do negócio, que implicam na necessidade de uma interpretação distinta dos contratos cíveis.

A análise econômica do direito pode servir como importante método de análise e de estudo do direito empresarial, com espaço cada vez mais destacado na academia, útil para se compreender a motivação dos agentes econômicos e tentar prever os resultados de contratações. Termos como eficiência e assimetria de informações, especialmente importantes quanto da análise de contratos, foram conceituados, como ferramentas úteis para a interpretação de negócios jurídicos empresariais.

Complementando a introdução à análise econômica feita, foram expostas algumas noções de economia comportamental – tendência contemporânea que vem questionando alguns pressupostos da economia tradicional, como a racionalidade dos agentes. Além desse questionamento, a economia comportamental, com seu foco em situações fáticas, permite um estudo das motivações dos agentes econômicos, bem como auxilia na tarefa de como tomar decisões mais adequadas.

Com as ferramentas da economia comportamental, percebeu-se que a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça compreende empresários como *homo economicus*, aqueles que possuem racionalidade ilimitada e poderiam antever todas as possibilidades da relação contratual. Os julgados analisados, bem como os enunciados das Jornadas de Direito, contudo, deixam de considerar que, muitas vezes, pessoa (mesmo empresários) age de forma irracional, com base em vieses como o do otimismo e do status quo. A racionalidade ilimitada, como defendida por determinados economistas, mostra-se uma falácia na realidade, que é mais complexa do que modelos idealizados.

A conclusão, entretanto, não é a da necessidade de alterações extremas na forma como os tribunais analisam a revisão contratos empresariais. Os princípios da autonomia privada e da força vinculante dos contratos devem ser sempre valorizados, buscando sua máxima efetivação nos casos concretos. A proposta feita é casuística, na qual o julgador possa verificar as condições do negócio e perquirir em que extensão esse pressuposto de racionalidade ocorreu. É possível que o julgador, em um caso concreto, perceba que a assimetria informacional entre as partes era muito severa ou que as



situações que ocorreram eram efetivamente imprevisíveis, não sendo razoável exigir comportamento diverso de um empresário naquelas condições.

Nestes termos, os contratos analisados podem ser ajustados, devendo sempre buscar manter ao máximo sua redação e termos originais, privilegiando o espírito da negociação das partes e alterando seus termos somente no que for estritamente necessário, evitando causar deformações à relação econômica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BAZZANEZE, Ricardo. Contratos interempresariais, características e forma de interpretação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 6, ano 4, p. 617-650, 2018.

BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[CATEB, Alexandre Bueno](#); [GALLO, José Alberto Albeny](#) . Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 1, p. 5, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIA, Marina Zava de. DAMASCENO, Mayron Morais. Um novo código comercial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 89/2018, mai. 2018, p. 95-107.

FERES, Marcos Vinício Chein. Do princípio da eficiência econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, vol. 8, p. 26-46, jan. 2001.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 130, p. 3-38, abr.-jun. 2003.



FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GICO JR., Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, **Stanford Law Review**, vol. 50, no. 5, p. 1471-1550, May 1998. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1229304?seq=1>. Acesso em 19 de maio de 2020.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LUCCA, Newton de. A principiologia inerente aos contratos comerciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 932, p. 187-217, set. 2012.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 24, p. 7-36, 2004.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. DEZEM, Renato Mota Maciel Madeira. Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 50, p. 123-141, jul.-ago. 2019.

PAIVA, Rafael Bianchini Abreu. BALTHAZAR, Luiza Silva. Contribuições da economia comportamental para o direito empresarial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 113, p. 331-357, jan.-dez. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, v. 4, p. 2-20.



RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a Racionalidade em Mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, p. 457-472, 2018.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017. Disponível em <http://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>. Acesso em 17 de maio de 2020.

SCHMITT, Victor Machado. Revisão judicial dos contratos: implicações econômicas e critérios para intervenção do Judiciário no domínio privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 93, p. 77-103, set. 2018.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos – Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial**: teoria geral do contrato. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 75, p. 177-198, jul-ago. 2007.

59

RESUMO

Em meio a uma sociedade anárquica de Estados, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é responsável por inserir positivamente as normas de *jus cogens* no ordenamento jurídico internacional. Todavia, existe uma dúvida jurisprudencial relevante acerca de quais direitos em espécie integrariam a esfera do *jus cogens* internacional e, desse modo, teriam uma proteção superior. Com o objetivo de demonstrar a evolução das normas e dos órgãos jurídicos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), este trabalho estuda o direito à saúde, enquanto norma de *jus cogens* de direito positivo no ordenamento jurídico internacional pelo SIDH. Para essa

5959



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

empreitada, pesquisamos casos da Corte Interamericana e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o fim de perquirir respostas dadas por esse sistema à saúde em vista de toda a problemática por de trás desse bem, após lançar alguns conceitos como premissas básicas de estudo, a exemplo do *jus cogens* e do direito positivo. Isto posto, esperamos que nossas conclusões ajudem futuras pesquisas a terem um suporte teórico mais auspicioso e esclarecedor do atual ordenamento jurídico internacional, de um de seus sistemas mais importantes, qual seja o SIDH, e da forma com que esse sistema trata o direito à saúde perante a realidade notória e positiva do *jus cogens*. Com isso, torna-se clara uma das múltiplas perspectivas e desafios da atuação da Comissão e da Corte (ambas partes do SIDH), que é a amplitude conferida à eficácia dos direitos sociais, especificamente, do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: *jus cogens*; positividade do *jus cogens*; direito humano à saúde; evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio do *jus cogens*.

ABSTRACT

In the midst of an anarchic society of States, the Vienna Convention on the Law of Treaties is responsible for positively inserting the norms of jus cogens in the international legal system. However, there is a relevant jurisprudential doubt as to which rights in kind would integrate the sphere of international jus cogens and, in that way, they would have superior protection. In order to demonstrate the evolution of the legal norms and of the organs of the Inter-American Human Rights System, this work studies the right to health, as a jus cogens norm of positive right in the international legal order by the IAHRs. For this work, we investigated several cases of the Inter-American Court and the Inter-American Commission on Human Rights in order to seek answers given by this system to health in view of all the problematic behind this object, after launching some concepts as basic premises of study, such as jus cogens and positive law. Given this, we hope that our conclusions will help future researches to have a more auspicious and illuminating theoretical support of the current international legal system, one of its most important systems, namely the IAHRs, and the form in which it treats the right to health in the face of the notorious and positive reality of jus cogens. This makes clear one of the manifold perspectives and challenges of the Commission and the Court (both parts of IAHRs), that is the breadth of the effectiveness of social rights, specifically, of the right to health.

KEYWORDS: *jus cogens*; positivity of *jus cogens*; human right to health; evolution of the Inter-American Human Rights System through *jus cogens*.

INTRODUÇÃO



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

De início, devemos explicar matérias ligadas ao nosso tema, como o conceito de *jus cogens*. A partir da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o *jus cogens* recebeu formalmente o status de norma do direito internacional (COLARES, 2014), estando no ordenamento jurídico internacional entre tantas outras, como os tratados e os costumes internacionais.

Com a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados, ratificada inclusive pelo Brasil, obtivemos, como relatado, um tratamento formal para as normas de *jus cogens* no qual essa fonte de direito é “uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (art. 53) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

Para Marcello Varela (2011, p. 103), “parte dos autores aceita a existência de um corpo de regras internacionais obrigatórias e, que, portanto, não poderiam ser contrariadas por outros tratados. Tais regras obrigatórias são conhecidas como *jus cogens* ou direito cogente”. A invalidade de normas que conflitem com o *jus cogens*, dá-se novamente diante do art. 53 da Convenção de Viena, vez que nenhuma derrogação seria permitida desta norma por outra que não de mesma natureza, podendo ela revogar tratados e costumes internacionais. As consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral, por sua vez, estão normatizadas no artigo 71 da mesma convenção.

O *jus cogens* aparece no cenário internacional, dessa forma, ditando condutas, ao ser incorporado em outras normas de maior detalhamento material, e condicionando outras fontes do direito internacional. Isso se pauta por uma identificação na qual “once a primary rule is recognized as belonging to that category, all secondary norms so far attributed to *jus cogens*, erga omnes obligations and, possibly, international criminal law would apply. Newly developing legal consequences and exceptions, in turn, would have to be related to all fundamental primary norms⁶⁰” (KADELBACH, 2006, p. 25).

⁶⁰Uma vez que uma regra primária é reconhecida como pertencente a essa categoria, todas as normas secundárias até agora atribuídas ao *jus cogens*, as obrigações *erga omnes* e, possivelmente, o direito penal internacional se aplicariam. Novos desenvolvimentos de consequências e exceções legais, por sua vez, teria que estar relacionado a todas as normas primárias fundamentais” (TRADUÇÃO NOSSA).



Sob esse prisma, algumas indagações podem ser realizadas sobre a identificação das condutas efetivamente punidas e, naturalmente, das autoridades encarregadas de as definir⁶¹. Desse modo, temos ainda um verdadeiro embate entre jurisdições em que

on se heurte donc immédiatement a la structure decentralisee d'une societe internationale qui reste dominee par les Etats et par la souverainete qui leur est reconnue (A). Toutefois, les juridictions internationales affirment de plus en plus clairement leur competence pour determiner les regles de jus cogens ou les identifier (B)⁶² (TAVERNIER, 2006, p. 2).

Com isso, podemos justificar nosso enfoque metodológico para a escolha do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, eis que se trata de um dos sistemas de direitos humanos considerado como um dos mais avançados (FAO, 2009; GOLDMAN, 2007), a par do sistema europeu, bem como um sistema pelo qual nutrimos especial consideração ante as implicações óbvias para o Brasil. Seu desenho metodológico se embasa nos casos mais representativos acerca do tratamento do direito à saúde dentro do *jus cogens* internacional, sendo que sua representatividade é auferida pelo maior número de citações recebidas dentro do próprio SIDH e pela novidade deste tratamento como *jus cogens* internacional⁶³.

Neste desenho, a perquirição pelo direito à saúde, enquanto norma positiva de *jus cogens*, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é plausível ante considerações de sua autoridade no âmbito do continente americano. Para fixar esse ponto, analogicamente à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que, no seu artigo 66, confere à Corte Internacional de Justiça poder para interpretar o *jus cogens* (TAVERNIER, 2006, p. 5).

⁶¹ Uma discussão que, *a priori*, devemos ter diz respeito aos interesses e valores fundamentais que normas de *jus cogens* trazem em seu bojo. Dessa maneira, o que foi dito nesse parágrafo se encontra no texto de Paul Tavernier: “deux problemes meritent d’etre abordes a cet egard : d’une part, quelle est l’autorite chargee de definir et d’identifier les regles fondamentales (I) et, d’autre part, comment cette identification est-elle realisee (II)” (TAVERNIER, 2006, p. 2). “Dois problemas merecem ser abordados a este respeito: por um lado, qual autoridade é responsável por definir e identificar as regras básicas (I) e, por outro lado, como essa identificação é realizada (II) (TRADUÇÃO NOSSA).

⁶² “Agente se encontra então imediatamente diante da estrutura descentralizada de uma sociedade internacional que permanece dominada pelos Estados e pela soberania reconhecida por eles (A). Entretanto, as jurisdições internacionais afirmam cada vez mais a sua competência para determinar as regras do *jus cogens* ou para identificá-las (B)” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁶³ Diante destes dois critérios, são analisadas as seguintes decisões: Instituto Reeducación del Menor v. Paraguai; Anzualdo Castro v. Peru; González *et al.* (“cotton field”) v. Mexico; Nadege Dorzema *et al.* v. Dominican Republic; Chitay Nech *et al.* v. Guatemala; García Lucero *et al.* v. Chile; Norín Catrimán *et al.* (leaders, members and activist of the mapuche indigenous people) v. Chile; Servellón-García *et al.* v. Honduras; Gomes Dund *et al.* (“guerrilha do araguaia”) v. Brazil; Huilca-tecse v. Peru; e Tibi v. Equador.



Nosso espaço de visão estará no Sistema Interamericano de Direitos Humanos na medida em que este órgão tem competência para analisar todas as questões trazidas a ele que se relacionem com as violações de sua Convenção (art. 62 da Convenção Interamericana)⁶⁴.

Trazendo à tona toda evolução institucional e jurídica pela qual passa o sistema americano, Tavernier ressalta que

dans cet avis, rendu a la demande Du Mexique, la Cour interamericaine a qualifie le principe d'egalite et de la nondiscrimination comme un principe de jus cogens. Comme l'a note Philippe Weckel, la Cour a adopte resolument une approche evolutive et extensive du jus cogens et elle s'est posee non seulement en tant que juridiction regionale des droits de l'Homme, mais en tant que juridiction internationale et juge du droit international general⁶⁵ (TAVERNIER, 2006, p. 10).

Para encerrar essa introdução devemos, resumidamente, expor as razões que nos levam a entender que o *jus cogens* está positivado no ordenamento jurídico internacional, tal como o tratado e o costume internacional, sendo, portanto, flagrante sua consensualidade, generalidade e coercibilidade.

Ora, retiramos tal noção de consenso e caráter geral da proposição do próprio artigo 53 da Convenção de Viena ao estipular “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”, o que nos leva ao menos, a um consentimento indireto. Além disso, acerca da universalidade das normas de *jus cogens*, podemos fazer remissão direta à recente instituição de um Tribunal Penal Internacional⁶⁶, no qual

o seu funcionamento independe de qualquer tipo de ingerência externa, podendo inclusive demandar nacionais de Estados não-partes no Estatuto,

⁶⁴ Como expressado no caso *Radilla-Pacheco v. Mexico* Judgment of November 23, 2009 (CIDH, 2009).

⁶⁵ “Nesta opinião, entregue a pedido do México, a Corte Interamericana caracterizou o princípio da igualdade e da não discriminação como princípio do *jus cogens*. Conforme observado por Philippe Weckel, o Tribunal adotou resolutamente uma abordagem evolutiva e extensiva do *jus cogens* e se pôs não apenas como um tribunal regional de direitos humanos, mas como tribunal internacional e como juiz de direito internacional geral” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁶⁶ Ao comparar os dois órgãos institucionais, Colares ressalta que, enquanto a Corte Interamericana aplica todo o ordenamento jurídico internacional em vista da pessoa humana que tivera seu direito violado (inclusive utilizando o princípio *in dubio pro homini*), o TPI oferece garantias mínimas aos acusados, como o princípio *in dubio pro reo*, mesmo que signifique uma não efetivação de normas de *jus cogens*, em prol de evitar violações futuras (COLARES, 2004).



haja vista a gravidade dos delitos os quais trata que estão amparados pelo princípio da jurisdição universal do Tribunal. Em síntese, segundo tal princípio, há a não aplicabilidade das limitações legais quando se trata de crimes que afetam a própria humanidade, transcendendo, inclusive, o tradicional princípio da territorialidade penal (COLARES, 2004, p. 40).

Além disso, o caráter coercitivo do *jus cogens* (característica essencial para o estudo da ciência jurídica e do direito positivo (KELSEN, 2005), percebido na incorporação de normas internacionais, sem mesmo se obter diretamente o consentimento direto do Estado⁶⁷, reflete “um processo de maior interdependência entre os Estados, estes envidam esforços para não contrariar os compromissos internacionais, sobretudo as normas de *jus cogens* ou de maior importância política ou econômica” (VARELLA, 2011, p. 96) e consolida “um núcleo jurídico de valores não passíveis de alteração por tratados” (VARELLA, 2011, p. 106), sob pena de invalidade ou responsabilidade⁶⁸.

Para concluir nosso pensamento com uma autoridade no tema, observa-se que “positivist approaches held the most important structural norms of the international legal order to be *jus cogens* such as the obligation to comply with to treaties (*pacta sunt servanda*) and custom, which normativists used to place at the top of the hierarchy of norms⁶⁹” (KADELBACH, 2006, p. 29). Ora, a realidade do *jus cogens* se torna

⁶⁷ “O Estado pode ser constringido a aceitar normas internacionais, mesmo sem sua aprovação. Em geral, são normas derivadas de tratados já ratificados pelos Estados, que preveem sua modificação por uma maioria dos votos ou tratando-se de regras de *jus cogens*” (VARELLA, 2011, p. 74).

⁶⁸ Desse modo, “being defined as obligations vis-a-vis the international community of States, they impose special duties on the offending State which may go beyond the bilateral reparation scheme which applies in reciprocal legal relationships. One of its elements is the right of States not directly affected by an internationally wrongful act to invoke the responsibility of the violator, be it on their own behalf, on behalf of subjects of international law who are not in a position to bring a claim themselves, or simply as members of the international community of States” (KADELBACH, 2006, p. 26). “Sendo definidos como obrigações em relação à comunidade internacional de Estados, eles impõem deveres especiais ao Estado ofensor que podem ir além do esquema de reparação bilateral que se aplica em relações jurídicas recíprocas. Um dos seus elementos é o direito dos Estados que não são diretamente afetados por um fato internacionalmente ilícito de invocar a responsabilidade do infrator, seja em nome próprio, em nome de sujeitos de direito internacional que não estão em condições de reivindicar eles próprios, ou simplesmente como membros da comunidade internacional de Estados (TRADUÇÃO NOSSA).

⁶⁹ “As abordagens positivistas levaram as normas estruturais mais importantes da ordem jurídica internacional a serem *jus cogens*, como a obrigação de cumprir os tratados (*pacta sunt servanda*) e o costume, que os normativistas costumavam colocar no topo da hierarquia das normas” (TRADUÇÃO NOSSA)



evidente, uma vez que sua lógica é necessária ao mundo contemporâneo e é impositiva a nossa realidade de respeito a certos paradigmas⁷⁰.

Corroborando a ideia kelseniana de um ordenamento jurídico internacional imperfeitamente descentralizado em sua coerção (KELSEN, 2005), Cançado Trindade já decidiu na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* que

in my opinion, the concept of *jus cogens* transcends the sphere of the law of treaties and that of the law on State international responsibility, and extends to general international law and the very foundations of the international legal order. The Inter-American Court referred to this evolution in its recent Advisory Opinion No. 18 on The Juridical Status and Rights of Undocumented Migrants (paras. 98 to 99). In my concurring opinion to that Advisory Opinion, I reflected that this evolution obeyed the necessity of “a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged”⁷¹ [...] (CIDH, 2004b, p. 8).

Esta decisão revela que *soft law* e *hard law*⁷², com fundamento em tratados, costumes, e decisões de órgãos de direito internacional, têm um papel a exercer na

⁷⁰ Uma ressalva, desse modo, faz-se importante, na medida em que “le jus cogens existe, parce que cela est logique et necessaire; parce qu’il constitue l’indispensable rempart contre le froid cynisme positiviste, mais aussi parce que, comme celle de l’Etre supreme, son existence se manifeste par ses oeuvres. Personne aujourd’hui ne peut serieusement pretendre qu’un traite organisant un genocide ou une aggression n’est pas entache de nullite. Aucun esprit raisonnable ne peut affirmer que toutes les violations du droit international produisent les memes effets” (PELLET, 2006, p. 419). “*Jus cogens* existe porque é lógico e necessário; porque constitui o baluarte indispensável contra o cinismo positivista frio, mas também porque, como a do Ser Supremo, a sua existência se manifesta por suas obras. Ninguém hoje pode seriamente afirmar que um tratado que organiza genocídio ou agressão não é viciado por nulidade. Nenhum espírito razoável pode dizer que todas as violações do direito internacional produzem os mesmos efeitos” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁷¹ “Na minha opinião, o conceito de *jus cogens* transcende a esfera do direito dos tratados e o da lei sobre a responsabilidade internacional do Estado e se estende ao direito internacional geral e aos próprios fundamentos da ordem jurídica internacional. A Corte Interamericana referiu-se a esta evolução em sua recente Advisory Opinion No. 18 sobre o Estatuto Jurídico e os Direitos dos Migrantes Indocumentados (parágrafos 98 a 99). Na minha opinião concorrente a essa Opinião Consultiva, refleti que essa evolução obedeceu à necessidade de “um mínimo de verticalização na ordem jurídica internacional, erigida em pilares nos quais o jurídico e o ético são fundidos [...]” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁷² Apesar de ser um assunto controverso, pode-se conceituar *hard law* como os instrumentos jurídicos internacionais sob os quais o Estado expressa e voluntariamente se obriga e conseqüentemente apresentam mecanismos de respostas aos ilícitos a título de coerção direta, a exemplo das sanções jurídicas. Enquanto *soft law* pode ser conceituada como os instrumentos jurídicos internacionais sob os quais um Estado não se obrigou voluntariamente, porém exercem alguma influência negativa em suas condutas a título de coerção indireta.



evolução do SIDH para uma verticalização da ordem internacional geral, isto é, para o tratamento de certos direitos como normas superiores de *jus cogens*. Este papel é investigado através da aplicação do direito à saúde como norma positiva de *jus cogens* ao mesmo tempo em que a evolução do SIDH é inquirida no que tange a este direito social no próximo capítulo.

1. DIREITO À SAÚDE NO PLANO INTERAMERICANO

Para a análise do direito à saúde no plano interamericano do direito internacional se faz necessário observar 1) a base teórica da análise realizada; 2) a saúde enquanto direito humano positivo sob os ditames do *jus cogens* no sistema interamericano de direitos humanos

1.1 BASE TEÓRICA DA ANÁLISE REALIZADA

Ao dissertar atualmente sobre perspectivas e desafios da atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é quase que certo encontrar o tema do *jus cogens* e seu papel de maximizar a eficácia dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Sendo assim, devemos pontuar neste artigo que, ante violações ignóbeis e cruéis de direito humanos, um sistema de direito que abarca normas positivas de *jus cogens* se manifesta no sentido de tutelar os direitos mais fundamentais das vítimas de atrocidades. Sob esse prisma, é relevante considerar que temos em vista, *a priori*, direitos civis e políticos de primeira geração (dimensão), contudo nossas pesquisas focarão nos direitos sociais de segunda geração (dimensão). Em especial, o direito à saúde nos chama a atenção diante de sua necessidade vital ao ser humano.

Dá-se aqui, de forma nenhuma, uma substituição da nova geração pela anterior, sempre nos lembrando de retomar a noção do mínimo existencial, direito primário até mesmo ao mínimo humano (BARROSO, 2013). Nessa seara,

deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda



que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais (BRANCO; MENDES, 2014, p. 145).

Ante o tema proposto, fica clara nossa principal abordagem a respeito da evolução do tratamento dos direitos humanos pelo Sistema Interamericano a fim de tutelar os direitos fundamentais da esfera social pelo direito à saúde. Acontece que também não podemos nos esquecer da efetividade dos direitos humanos (BOBBIO, 2004), sendo que isso nos levar a investigar o tratamento inovador oferecido por esse sistema de direitos humanos.

1.2 SAÚDE ENQUANTO DIREITO HUMANO POSITIVO SOB OS DITAMES DO *JUS COGENS* NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Diante de todo o exposto, será objeto de debate a existência, no direito internacional perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da positivação do direito à saúde em reflexo ao *jus cogens* numa lógica de garantir direitos sociais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Inicialmente, pode-se levantar que, no âmbito do Pacto de São José da Costa Rica, o direito à saúde pode ser identificado na obrigação do Estado de tutelar os direitos (artigo 1º); no dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2º); no direito à vida (artigo 4º); no direito à integridade pessoal (artigo 5º); nas garantias judiciais (artigo 8º); no direito à indenização (artigo 10); e, sem dúvida, no protagonismo do art. 26 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Com o observado a respeito das características das normas de *jus cogens*, podemos primeiramente verificar se o tratamento dado pela Comissão Interamericana da Corte demonstra uma aplicação de uma norma de *jus cogens*. Sendo auxiliados pela pesquisa de Edilene Mendonça Bernardes e Carla Aparecida Arena Ventura, nota-se que



a comissão, à medida dos possíveis instrumentos, protege de violações os direitos previstos nos artigos 1, 4, 5, 8, 19, 25 e 26 da Convenção Americana, pautando-se essencialmente pelo direito à vida na sua faceta do direito à saúde. Desse modo, em suas considerações finais a respeito das violações dos Direitos Humanos relacionados à Saúde comprometendo o Brasil no período 2003-2010, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, escrevem que

apesar de o Brasil ter permanecido durante longo período envolvido em um governo ditatorial, enquanto as questões de direitos humanos já constavam na agenda internacional, observa-se que, a partir da Constituição de 1988, o país começa, paulatinamente, a caminhar em direção às mudanças consoante os parâmetros da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mesmo porque a sociedade passa a procurar meios para efetivar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais. Foram identificados três casos de omissão/negligência do Estado diante do direito à saúde, incluindo questões de direito à vida envolvendo recém-nascidos, criança e portador de transtorno mental, exemplos extremados de uma parcela da sociedade que é totalmente dependente da proteção de políticas estatais efetivas (BERNARDES; VENTURA, 2013, p. 125).

Ainda, nesse mérito, podemos elencar uma das importantes decisões da corte, acarretada por uma constante luta da comissão no caso Instituto Reeducación del Menor vs. Paraguai, no qual a Comissão Interamericana de Direito Humanos expôs de maneira clara e integral os deveres dos Estados americanos para com o direito à saúde em face da convenção assinada por eles. Assim,

c) the violation of the right to health is at three levels: first, because the State failed to follow even the minimum standards for hygiene, diet and primary health care that would have helped prevent sickness and disease and keep all the alleged victims in the instant case in a minimum state of health, in keeping with their dignity as human beings; second, because once the inmates became sick, they were not given adequate medical and dental treatment; finally, no special treatment was given to adolescents suffering from mental disorders or addictions⁷³ (CIDH, 2004a, p. 119)

⁷³ “c) a violação do direito à saúde está em três níveis: em primeiro lugar, porque o Estado não cumpriu mesmo os padrões mínimos de higiene, dieta e cuidados de saúde primários que teriam ajudado a prevenir doenças e doenças e manter todas as supostas vítimas na caso presente em um estado mínimo de saúde, de acordo com sua dignidade como seres humanos; segundo, porque uma vez que as vítimas ficaram doentes, não receberam tratamento médico e dental adequado; Por fim, nenhum tratamento especial foi dado aos adolescentes que sofrem de transtornos mentais ou vícios” (TRADUÇÃO NOSSA).



Do modo um pouco mais relutante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem desenvolvendo sua atuação no campo dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde. No famoso caso do Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguai, a corte se inclinou para uma proteção da saúde efetiva dos seres humanos e decidiu que:

that regarding the duty to provide medical and psychological care [...] That regarding the obligation to "ensure the life, personal integrity and safety of the persons who gave affidavits and their next of kin and [to] provide them with protection against anyone," as provided in Operative point 15 of the judgment, the Court observes the report by the representatives to the effect that "...for now, the victims have received no type of threat that would merit the granting of special measures of protection"⁷⁴. (CIDH, 2008, p. 6/7)

Tendo se pautado por uma proteção integral da pessoa humana nesse verdadeiro *leading case*, pode-se afirmar que a corte começa a aplicar com rigor o art. 26 de sua convenção, eis que, apesar de solitário na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, visa à tutela efetiva dos desassistidos pela desigualdade. De outro modo (não poderia ser diferente), o sistema interamericano vem se conscientizando de seu atraso na positivação efetiva de direitos sociais através do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de Protocolo de San Salvador, encontrando-se ratificado por quase metade dos países americanos em 2017.

No referido protocolo, o avanço do artigo 10 tece todo um regime que objetiva a proteção do direito à saúde. Nele, lemos que

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

⁷⁴ “Que em relação ao dever de prestação de cuidados médicos e psicológicos [...] Que, em relação à obrigação de "garantir a vida, integridade pessoal e segurança das pessoas que deram depoimentos e seus parentes e [fornecer] proteção contra qualquer pessoa ", conforme previsto no ponto operativo 15 desse julgamento, o Tribunal observa o relatório dos representantes para o efeito de que ‘... por enquanto, as vítimas não receberam qualquer tipo de ameaça que incorreriam na concessão de medidas especiais de proteção’ (TRADUÇÃO NOSSA).



- b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Sob essa análise do denso regime jurídico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, iremos nos pautar especificamente pelo tratamento das normas de direito à saúde e, claro, se tais normas são aplicadas enquanto normas de *jus cogens*, aferindo consequentemente se podem ser consideradas direito positivo.

Assim, identificamos no caso *Anzualdo Castro v. Peru* de 2009 a respeito do crime de desaparecimento forçado pelo Estado (considerado uma violação de princípios em que o sistema americano está embasado e possuidora do status de *jus cogens* no mesmo julgado). Considerando a realidade imperativa das normas analisadas, a corte, com a finalidade de reparar as vítimas e compensar os danos causados pelas violações aos seus direitos, relata que

upon verifying the suffering caused to the next-of-kin of Mr. Anzualdo Castro, the Tribunal deems it is convenient to order the State to provide medical, psychological and psychiatric treatment, free of charge, in an immediate, adequate and effective way, by means of specialized public health care institutions, to those next-of-kin who were considered victims by this Tribunal. The State shall take into account the sufferings of each one of the beneficiaries, for which it shall previously conduct a physical and psychological evaluation. Moreover, the treatment must be provided for as long as they need it and must include the medicines they may eventually require⁷⁵ (CIDH, 2009, p. 62).

No que se refere também à proibição da tortura, essa mesma Corte decidiu se embasando na teoria do *jus cogens* no caso *González et al. ("cotton field") v. Mexico*, que, como medidas compensatórias às suas vítimas, o Estado deveria as providenciar

⁷⁵ “Ao verificar o sofrimento causado aos familiares do Sr. Anzualdo Castro, o Tribunal considera conveniente ordenar ao Estado para providenciar tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, gratuitamente, de forma imediata, adequada e efetiva, por meio de instituições de saúde pública especializadas, para os parentes mais próximos que foram considerados vítimas por este Tribunal. O Estado deve levar em conta os sofrimentos de cada um dos beneficiários, para os quais antes realizará uma avaliação física e psicológica. Além disso, o tratamento deve ser fornecido pelo tempo que necessitarem e deve incluir os medicamentos que eventualmente possam exigir” (TRADUÇÃO NOSSA).



“effective medical, psychological or psychiatric treatment, immediately and free of charge, through specialized state health institutions⁷⁶” (CIDH, 2009, p.133).

De igual maneira protetiva da imperatividade dessa norma de direito humano, a Corte assumiu que “emergency medical care must be provided at all times for irregular migrants; accordingly, the States must provide comprehensive health care taking into account the needs of vulnerable groups⁷⁷” (CIDH, 2012, p. 33). Essa tese se deu num momento em que a Corte decidiu no âmbito da proteção contra a discriminação no caso *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic* que

the principle of the equal and effective protection of the law and of non-discrimination constitutes a noteworthy element of the system for the protection of human rights embodied in numerous international instruments and developed by legal doctrine and case law. At the current stage of the evolution of international law, the basic principle of equality and non-discrimination has entered the domain of *jus cogens*. The juridical structure of national and international public order is based on this principle, and it permeates the whole legal system⁷⁸ (CIDH, 2012, p. 60/61).

Essa consideração das normas de *jus cogens* do crime de desaparecimento forçado que fomenta uma tutela ao direito à saúde pode ser encontrada com esse mesmo sentido em inúmeros outros casos, tais como nos casos *Chitay Nech et al. v. Guatemala* (CIDH, 2010) e *García Lucero et al. v. Chile* (CIDH, 2013). Também assim, pode ser encontrado o referido entendimento do direito à não discriminação nos casos *Norín Catrimán et al.* (leaders, members and activist of the mapuche indigenous people) *v. Chile* (CIDH, 2014) e *Servellón-García et al. v. Honduras* (CIDH, 2006).

Por mais que a discussão do direito à saúde se revele incidental nesses casos, os casos a seguir fortificam nossa tese de que o direito à saúde se trata, de alguma maneira,

⁷⁶ “Tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico efetivo, de forma imediata e gratuita, através de instituições de saúde estatais especializadas” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁷⁷ “O atendimento médico de emergência deve ser providenciado em todos os momentos para migrantes irregulares; Por conseguinte, os Estados devem fornecer cuidados de saúde abrangentes tendo em conta as necessidades dos grupos vulneráveis” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁷⁸ “O princípio da proteção igual e efetiva da lei e da não discriminação constitui um elemento notável do sistema de proteção dos direitos humanos incorporado em numerosos instrumentos internacionais e desenvolvido pela doutrina jurídica e case law. No estágio atual da evolução do direito internacional, o princípio básico de igualdade e não discriminação entrou no domínio do *jus cogens*. A estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional baseia-se neste princípio e ele permeia todo o sistema legal” (TRADUÇÃO NOSSA).



de norma de *jus cogens* positivada no ordenamento jurídico interamericano de direitos humanos. Em outras palavras, haja vista a tutela da saúde pela Corte Interamericana tangente (apesar de conectada) às violações principais, quais sejam proibição do desaparecimento forçado, da tortura e da igualdade e não discriminação; temos, ante uma verdadeira sistematicidade de violações de direitos humanos por um Estado, uma indireta proteção da saúde humana observada por reflexo de normas de *jus cogens*.

No voto concorrente do juiz Roberto de Figueiredo Caldas em *Gomes Dund et al. (“guerrilha do araguaia”) v. Brazil* foi decidido que “the Court can, and beyond this, has the obligation to attribute *jus cogens* nature to those rights most dear to the person, the core components of protection (“hard core of human rights”), so as to protect and comply with the objective of protecting human rights covered by the American Convention⁷⁹” (CIDH, 2010, p. 6). Em acordo com o restante da posição da corte para proteger os indivíduos da violação do direito a um tratamento humano no que é remetido à integridade pessoal consagrada no artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esse posicionamento demonstra não só uma intenção de máxima proteção à saúde na sua face da generalidade, mas também denota o dever de tratar integralmente e gratuitamente as vítimas das atrocidades praticadas no Brasil:

the Court finds, as it has done in other cases, that a measure of reparation that provides appropriate care for the physical and psychological effects suffered by the victims is necessary. Consequently, the Court deems it convenient to order the State to provide the victims, per their requests, free of charge and immediately, appropriately, and effectively, with the medical and psychological or psychiatric care by means of public health institutions. Therefore, the specific injuries or impairments of each person must be considered by means of a prior physical and psychological assessment. Moreover, the treatment must be provided in Brazil for the time necessary and it must include the provision, free of charge, of medication that may be required⁸⁰ (CIDH, 2010, p. 98).

⁷⁹ “O Tribunal pode, e além disso, tem a obrigação de atribuir a natureza do *jus cogens* aos direitos mais caros para a pessoa, os principais componentes da proteção (“núcleo duro dos direitos humanos”), de modo a proteger e cumprir o objetivo de proteger os direitos humanos abrangidos pela Convenção Americana” (TRADUÇÃO NOSSA).

⁸⁰ “O Tribunal considera, como tem feito em outros casos, que é necessária uma medida de reparação que preste cuidados adequados aos efeitos físicos e psicológicos sofridos pelas vítimas. Por conseguinte, o Tribunal considera conveniente ordenar ao Estado que forneça as vítimas, por seus pedidos, gratuitamente e imediatamente, de forma adequada e apropriada, os cuidados médicos e psicológicos ou psiquiátricos por meio de instituições de saúde pública. Portanto, as lesões ou deficiências específicas de cada pessoa devem ser consideradas por meio de uma avaliação física e psicológica prévia. Além disso, o tratamento deve ser fornecido no Brasil pelo tempo necessário e deve incluir a provisão, gratuitamente, da medicação que pode ser necessária” (TRADUÇÃO NOSSA).



Sob esse mesmo prisma, a Corte já havia fomentado, o entendimento de que o direito à vida protegido na convenção engloba a abstenção e a prestação do Estado no caso *Huilca-tecse v. Peru*, conquanto sua consideração restasse limitada a um caso de execução extrajudicial, produto de uma operação de inteligência militar. Assim, com a conseguinte ordem de tratamento e cuidados psicológicos para as vítimas, temos que

65. The Court recalls what it has stated in other cases, to the effect that when there is a pattern of human rights violations, including extrajudicial executions, promoted or tolerated by the State, contrary to *jus cogens*, this gives rise to a climate that is incompatible with the effective protection of the right to life. This Court has established that the right to life is fundamental, so that the realization of the other rights depends on its protection. If the right to life is not respected, all the other rights are meaningless. The States have the obligation to ensure the creation of the conditions required so that there are no violations of this inalienable right and, in particular, they have the duty to prevent its agents violating it.

66. Compliance with Article 4 of the American Convention, in relation to Article 1(1) thereof, not only presumes that no one shall be deprived of their life arbitrarily (negative obligation), but also requires States to take all appropriate measures to protect and preserve the right to life (positive obligation), in accordance with their obligation to ensure the full and free exercise of the rights of all persons subject to their jurisdiction⁸¹ (CIDH, 2005, p. 22).

Ora, já em 2004 é possível encontrar esclarecimentos no sentido de que a Corte não está mais parada na primeira geração (ou dimensão) de direitos humanos. A partir disso, vê-se que “the Court has addressed different themes, on the border between the

⁸¹ “65. O Tribunal recorda o que afirmou em outros casos, segundo o qual, quando existe um padrão de violações dos direitos humanos, incluindo execuções extrajudiciais, promovidas ou toleradas pelo Estado, contrariamente ao *jus cogens*, isso dá origem a um clima que é incompatível com a proteção efetiva do direito à vida. Esta Corte estabeleceu que o direito à vida é fundamental, de modo que a realização dos outros direitos depende da sua proteção. Se o direito à vida não é respeitado, todos os outros direitos não têm sentido. Os Estados têm a obrigação de assegurar a criação das condições exigidas para que não haja violações desse direito inalienável e, em particular, tenham o dever de impedir que seus agentes o violem. 66. O cumprimento do artigo 4º da Convenção Americana, em relação ao artigo 1º (1), não apenas pressupõe que ninguém seja privado de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas também exige que os Estados tomem todas as medidas adequadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva), de acordo com a obrigação de assegurar o pleno e livre exercício dos direitos de todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição” (TRADUÇÃO NOSSA).



so-called first generation and second generation rights⁸²” (CIDH, 2004c, p. 2) nos apontamentos do juiz Sergio Garcia-Ramirez em sua opinião concorrente.

Sob essa última observação, percebe-se quão desenvolvido é a problemática dos direitos humanos na Corte Interamericana; principalmente se analisarmos o desenvolvimento do *jus cogens* em seu seio. Mais, tal tema evoluiu de tal maneira que a Corte se aproxima de um direito fundamental de segunda geração a saúde, sendo sua proteção garantida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante daquilo que foi exposto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos faz jus à popularidade com que vem sendo tratado por estudiosos (FAO, 2009; GOLDMAN, 2007) devido ao grau elevado de proteção conferida aos direitos humanos. Nele, a eficácia dada ao *jus cogens*, no que se refere ao direito à saúde, vai no mesmo caminho, adotando uma maior proteção dos direitos humanos como norte decisório. Esta aplicação acarreta uma evolução deste sistema devido ao incremento do *jus cogens* internacional, no qual está sendo inserido esta espécie de direito social.

Outro ponto válido de se mencionar se refere à tese da positividade jurídica na fundamentação deste tipo de norma ante os requisitos expostos no início desse trabalho. No meio das decisões, observam-se teses jusnaturalistas derivadas da consciência comum, de uma razão superior ou de uma necessária e premente proteção. Contudo, são levantados e usados diversos instrumentos internacionais (normalmente compreendidos por *hard law* e *soft law*), como tratados, costumes e decisões de órgãos internacionais, trazendo uma vontade internacional em volta de uma nova sistemática no tratamento dos direitos humanos por meio do direito positivo.

Conquanto a aplicação do direito à saúde possa parecer superficial e tangencial aos nossos olhos, a Corte e a Comissão embasam suas decisões em tratados e na imperatividade conferida pela vontade geral dos Estados americanos (do que se invoca o *jus cogens*), podendo-se retirar disso uma natureza positiva dessas normas de direito à saúde qualificadas então como *jus cogens* nas decisões.

⁸² “O Tribunal abordou diferentes temas, na fronteira entre os chamados direitos de primeira geração e de segunda geração” (TRADUÇÃO NOSSA).



Portanto, é inegável quão salutar tem sido o desenvolvimento da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em vista dos direitos sociais quando a matéria em debate está relacionada ao direito à saúde. Além disso, essa evolução decorre da crescente força do *jus cogens* internacional no SIDH, incrementando a proteção dos direitos humanos, a exemplo do direito social à saúde estudado nesta pesquisa. A máxima proteção ainda pode ser percebida quando as decisões estão fundadas em normas de direito positivo porque denotam a vontade geral e expressa dos Estados em maior medida nesse sentido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos Direitos Humanos relacionados à Saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, p. 107-128, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

COLARES, Ana Cecília Sabbá. **A proteção do indivíduo através do *jus cogens*: uma análise da corte interamericana de direitos humanos e do tribunal penal internacional**. 2014. 61 f. Monografia (Graduação em Direito). Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CIDH. **Case of Anzualdo Castro v. Peru**: Judgment of September 22. 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.



CIDH. **Case of Chitay Nech et al. V. Guatemala**: judgment of may 25. 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of García Lucero et al. V. Chile**: judgment of august 28. 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_267_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Gomes Lund et al. (“guerrilha do araguaia”) v. Brazil**: judgment of november 24. 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico**: Judgment of November 16, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguay**: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2004a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguay**: Order of the Inter-American Court of Human Rights of February 6, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Nadege Dorzema et al. V. Dominican Republic**: Judgment of October 24. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Norín Catrimán et al. (leaders, members and activist of the mapuche indigenous people) v. Chile**: judgment of may 29. 2014. Disponível em:



https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala**: Judgment of April 29, 2004b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Radilla-Pacheco v. Mexico**: Judgment of November 23, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Servellón-García et al. v. Honduras**: Judgment of September 21, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

CIDH. **Case of Tibi v. Ecuador**: Judgment of September 07, 2004c. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf. Último acesso em: 13 mar. 2021.

FAO. Food and Agriculture Organization of the United Nations. **The Right to Food and Access to Justice**: Examples at the national, regional and international levels. 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/3/k7286e/k7286e.pdf>. Último acesso em: 13 mar. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOLDMAN, Robert, K. *Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*". IN: COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords), **La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI**. México D.F., 2007, 109-148.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

KADELBACH, Stefan. *Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and other Rules: The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (Ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations erga Omnes**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**. 22 maio 1969. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html>. Acesso em: 06 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 22 novembro 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PELLET, Alain. Conclusions. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (Ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations erga Omnes**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006. p. 417-424.

TAVERNIER, Paul. L'identification des regles fondamentales, un probleme resolu?. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (Ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: «*Jus Cogens* and Obligations erga Omnes**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006. p. 1-20

