



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANA FLÁVIA TERRA ALVES MORTATI

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE
ENTRE O MERCADO E A SOCIEDADE:
A BUSCA PELO EQUILÍBRIO A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA
DA SOCIEDADE DE JÜRGEN HABERMAS**

Londrina
2019

ANA FLÁVIA TERRA ALVES MORTATI

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE
ENTRE O MERCADO E A SOCIEDADE:
A BUSCA PELO EQUILÍBRIO A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA
DA SOCIEDADE DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior.

Londrina
2019

ANA FLÁVIA TERRA ALVES MORTATI

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE ENTRE O
MERCADO E A SOCIEDADE:
A BUSCA PELO EQUILÍBRIO A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DA
SOCIEDADE DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart
Júnior
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense – UFF

Londrina, 19 de agosto de 2019.

M887 Mortati, Ana Flávia Terra Alves.

Empresas prestadoras de serviços de saúde entre o mercado e a sociedade : a busca pelo equilíbrio a partir da teoria crítica da sociedade de Jürgen Habermas / Ana Flávia Terra Alves Mortati. - Londrina, 2019.
138 f.

Orientador: Clodomiro José Bannwart Junior.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2019.

Inclui bibliografia.

1. Empresas Prestadoras de Serviços de Saúde - Tese. 2. Mercado - Tese. 3. Sociedade - Tese. 4. Teoria Crítica - Tese. I. Bannwart Junior, Clodomiro José. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. IV. Título.

CDU 34

A meus queridos pais: meus maiores mestres.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus que nos outorga o dom da vida e, ao compartilhar de sua infinita sabedoria, nos concede a capacidade de usufruir dela formidavelmente.

A meu orientador, Clodomiro José Bannwart Junior, que em seu zelo pela reflexão jurídico-filosófica, incentivou a abertura de novos e mais amplos horizontes, pavimentados em suas brilhantes explicações acerca da Teoria Crítica.

À professora Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pela primazia na arte de ensinar e solicitude sempre presente no compartilhar de novos conhecimentos, sinalizando seu esforço contínuo em nos fazer alcançar a excelência na pesquisa acadêmica.

À professora Daniela Braga Paiano, sem a qual os caminhos da academia não teriam sido encontrados, tampouco percorridos. À ela que, com tenacidade, demonstrou a importância da persistência e empenho na busca dos objetivos.

Aos meus queridos pais, Nicola e Marta, minha irmã, Maria Aline, e Vinícius, pilares sobre os quais se assenta minha admiração, carinho e respeito. Por me encorajarem a não apenas sonhar, mas a trilhar os caminhos necessários ao alcance dos sonhos.

Aos professores e colegas que compartilharam dos mesmos momentos vividos na inesquecível jornada trilhada pelos caminhos do Mestrado e que, pela afinidade e convivência, se tornaram imprescindíveis à trajetória profissional e emocional desenvolvida.

Ethics or simple honesty is the building blocks upon which our whole society is based, and business is a part of our society, and it's integral to the practice of being able to conduct business, that you have a set of honest standards.

Kerry Stokes

MORTATI, Ana Flávia Terra Alves. **Empresas prestadoras de serviços de saúde entre o mercado e a sociedade**: a busca pelo equilíbrio a partir da teoria crítica da sociedade de Jürgen Habermas. 2019. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

RESUMO

A organização da vida em sociedade passou por transformações significativas, que não devem ser olvidadas. A exemplo disto, tem-se a atividade empresarial, que, de um lado, possibilita aos indivíduos alcançarem os recursos e serviços indispensáveis à sua sobrevivência, mas, de outro, gera distorções pela busca irrefletida do lucro. No mesmo contexto, inserem-se as empresas hospitalares que, embora tenham por finalidade precípua a preservação da vida e da saúde, por vezes, deixam questões financeiras sobressair a estes aspectos. Diante disto, pretende-se realizar uma releitura da atividade empresarial hospitalar, a partir da Teoria Crítica da Sociedade, desenvolvida por Jürgen Habermas. Isto, com a finalidade de demonstrar que existem dois tipos de racionalidade que informam as ações sociais: comunicativa e instrumental. Apesar da relação de dualidade que, a princípio, parece informá-las, verifica-se que o teórico vislumbra a possibilidade de que estas coexistam em uma relação de complementariedade, a partir do Direito, colocado como instância mediadora. Por meio de uma análise interpretativa a respeito do referencial teórico adotado, busca-se transpor o prognóstico assinalado à atividade empresarial hospitalar. Para tanto, aborda-se as especificidades da atividade empresarial voltada aos serviços de saúde, sob o aspecto corporativo, constitucional e contratual, com especial enfoque no termo de consentimento livre e esclarecido. Ainda, elucida-se como as diretrizes constitucionais da ordem econômica, os princípios contratuais contemporâneos e os referenciais bioéticos podem ser utilizados como baliza entre os diferentes interesses que informam as empresas prestadoras de serviços de saúde, a fim de que esta veja-se preservada tanto sob o ponto de vista material (sistêmico/instrumental) quanto simbólico (comunicativo). Tudo isto, no contexto marcado pelas nuances do Direito Negocial, sobretudo considerando seus influxos nos negócios biojurídicos, realizados nas empresas hospitalares.

Palavras-chave: Empresas prestadoras de serviços de saúde. Ética. Mercado. Teoria crítica.

MORTATI, Ana Flávia Terra Alves Mortati. **Health care companies between the market and the society**: the search for balance from the critical theory of society of Jürgen Habermas. 2019. 138 p. Dissertation (Master's degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

ABSTRACT

The organization of life in society has undergone significant transformations that should not be forgotten. As an example, there is business activity. This enables individuals to reach the resources and services indispensable for their survival. But on the other hand, it generates distortions in the pursuit of profit. In the same context, hospital companies are included. These companies have life and health as their main purpose. Despite this, they let financial issues stand out in these respects several times. The study aims to conduct a new analysis of hospital business activity, based on the Critical Theory of Society, developed by Jürgen Habermas. The purpose is to demonstrate that there are two types of rationality that inform social actions: communicative and instrumental. Despite the duality relationship that seems to inform them at first, there is a possibility that they coexist in a relationship of complementarity, based on the Law, placed as a mediating instance. From this, through an interpretative analysis about the adopted theoretical framework, the prognosis is transposed to the hospital business activity. To this end, it studies the specificities of business activity focused on health services, under the corporate aspect, with a special focus on the term of free and informed consent. In addition, it is elucidated how the constitutional guidelines of the economic order, contemporary contractual principles and bioethical references can be used as beacon among the different interests that inform the activity focused on health services, so that it is preserved. both from the material (systemic/instrumental) and symbolic (communicative) point of view. All of this, in the context marked by the nuances of Business Law, especially considering its inflows on bio-legal business, carried out in hospital companies.

Keywords: Healthcare companies. Ethics. Economic market. Critical theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| a.C. | Antes de Cristo |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CF | Constituição Federal |
| CPI | Comissão Parlamentar de Inquérito |
| d.C. | Depois de Cristo |
| IBGC | Instituto Brasileiro de Governança Corporativa |
| ONR | Ordem de Não Ressuscitar |
| PAR | Processo Administrativo de Responsabilização |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 A SOCIEDADE PÓS-CONVENCIONAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA | 15 |
| 1.1 DA SOCIEDADE TRADICIONAL À SOCIEDADE PÓS-CONVENCIONAL | 15 |
| 1.1.1 Considerações Iniciais | 16 |
| 1.1.2 Principais Teorias e a Insuficiência de Fundamentação..... | 19 |
| 1.2 RACIONALIDADE DAS AÇÕES SOCIAIS: AS PECULIARIDADES DA REPRODUÇÃO MATERIAL E SIMBÓLICA DA SOCIEDADE..... | 25 |
| 1.2.1 Agir Comunicativo e Agir Instrumental..... | 26 |
| 1.2.2 Colonização do Mundo da Vida e Necessidade de Emancipação..... | 29 |
| 1.3 DIREITO COMO INSTÂNCIA MEDIADORA ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA | 32 |
| 1.3.1 Principais Características do Direito nas Sociedades Pós-Convencionais..... | 32 |
| 1.3.2 Da Tensão entre Facticidade e Validade..... | 40 |
| 2 ATIVIDADE EMPRESARIAL E SOCIEDADE | 43 |
| 2.1 EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL..... | 44 |
| 2.1.1 Reestruturação das Relações Socioeconômicas e a Importância da Empresa | 45 |
| 2.1.2 Perspectivas do Desenvolvimento: as Nuances do Mercado | 53 |
| 2.2 EMPRESAS E SERVIÇOS DE SAÚDE..... | 59 |
| 2.2.1 Evolução Histórica e Contornos Jurídicos | 59 |
| 2.2.2 Princípios da Ordem Econômica e Responsabilidade Social | 66 |
| 2.3 DA POTENCIAL INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE | 81 |
| 2.3.1 Conjuntura dos Serviços de Saúde na Contemporaneidade | 81 |
| 2.3.2 Releitura da Atividade Empresarial voltada aos Serviços de Saúde..... | 88 |
| 3 EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE E MERCADO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO | 92 |
| 3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL | 93 |
| 3.1.1 Direito Civil na Atualidade: a Importância do Processo de Repersonalização..... | 93 |
| 3.1.2 O Impacto da Principiologia Contratual Contemporânea | 97 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.2 | REFERENCIAIS BIOÉTICOS E EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE | 106 |
| 3.2.1 | A Contribuição da Bioética | 107 |
| 3.2.2 | Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: Aspectos Essencias | 111 |
| 3.3 | OPERACIONALIZAÇÃO DE VALORES: A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE | 116 |
| 3.3.1 | Empresa e Integridade: Origem e Fundamentos do Compliance | 117 |
| 3.3.2 | Da Ética à Governança Corporativa..... | 123 |
| | CONCLUSÃO | 127 |
| | ANEXO | 129 |
| | ANEXO A – Modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido 1 | 129 |
| | ANEXO B – Modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido 2 | 131 |
| | REFERÊNCIAS | 132 |

INTRODUÇÃO

A análise da organização da vida em sociedade é fundamental à compreensão do estágio em que esta encontra-se atualmente. Trata-se de um exame necessário à percepção daqueles que são os problemas ainda não solucionados e, ao mesmo tempo, das conquistas que devem ser preservadas, a fim de que retrocessos sejam evitados. Neste contexto, evidencia-se a atividade empresarial. Se esta, de um lado, possibilitou ao ser humano angariar recursos necessários à sua sobrevivência de maneira mais célere e organizada; de outro, trouxe consequências antes não enfrentadas, a exemplo das externalidades negativas da persecução não ponderada do lucro.

A realidade, a princípio, dicotômica da atividade empresarial atinge, de maneira semelhante, os serviços de saúde. E isto porque, embora as companhias relacionadas a este setor tenham por finalidade precípua garantir a preservação da saúde e da vida, também organizam-se sobre uma estrutura empresarial. Por esta razão, empregam os meios próprios para obtenção do lucro. A dificuldade que se insere, neste âmbito, é que não raras vezes uma das finalidades assinaladas (lucro) sobrepõe-se à outra (saúde e vida), gerando distorções, cujos impactos prejudicam àquele que deveria ser beneficiado pelo exercício desta atividade, quem seja, o próprio ser humano.

Diante disto, este estudo tem por finalidade perquirir soluções à superação desta perspectiva dual. Em outras palavras, busca-se encontrar mecanismos capazes de equilibrar o lucro e os interesses da sociedade, de modo que um complemente o outro. Neste panorama, almeja-se fundamentar a possibilidade de que a empresa prestadora de serviços de saúde seja compreendida tanto sob seu aspecto material – do que são exemplos as questões financeiras – quanto simbólico, isto é, as expectativas sociais incidentes sobre dita atividade. E, isto, não só com o intuito de demonstrar que esta complementariedade existe, mas que é fundamental à preservação das companhias na conjectura que, hoje, informa a organização social.

Para este desiterado, elege-se como referencial teórico o pensamento Jürgen Habermas, mais especificamente, a Teoria Crítica da Sociedade por ele desenvolvida. Deste modo, primeiro analisa-se a evolução da sociedade, a partir da passagem das sociedades tradicionais às pós-convencionais. Isto, com a finalidade de esclarecer-se a razão pela qual as condutas individuais não mais se organizam sob uma mesma perspectiva, mas, ao contrário, sob diversas eticidades, orientadas por diferentes paradigmas, por vezes, responsáveis por conflitos.

Uma vez elucidada a razão pela qual se fazem presentes condutas díspares na estrutura relacional da sociedade, passa-se a examinar as duas espécies que informam a racionalidade das ações sociais, a saber, a ação comunicativa e a ação instrumental. A primeira, inserida no âmbito de reprodução simbólica, em que se destaca a discussão racional entre os indivíduos, a partir da linguagem, como forma de preservar os componentes daquilo que o teórico denominou mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade). A segunda, por sua vez, atrelada à reprodução material e, assim, centrada na eficácia dos meios utilizados para alcançar-se determinado fim, sob a perspectiva técnica (sistêmica).

Diante desta constação, isto é, da dualidade que informa as ações sociais, ressalta-se como o Jürgen Habermas explicou a dominação técnica da natureza, pelos indivíduos, e os efeitos do emprego desta mesma lógica nas mais diferentes esferas que informam a vida em sociedade. Neste liminar, aborda-se aquilo que o estudioso elucidou ser a colonização do mundo da vida pelo sistema. E, na sequência, esclarece-se a razão pela qual esta dinâmica passou a ser a responsável por fazer com que os aspectos financeiros de determinada atividade, por exemplo, sobressaíam àqueles que cunho social.

A par disto, explica-se como Jürgen Habermas concebe um prognóstico à situação descrita alhures. E para tanto, passa-se à análise do Direito, considerando que este carrega em si tanto dimensões comunicativas quanto instrumentais. Isto, com a finalidade de justificar a razão pela qual figura como instância mediadora entre o mundo da vida e o sistema, possibilitando a coexistências destes e, por consequência, tanto a reprodução material quanto simbólica da sociedade.

Uma vez esclarecido o modo de organização social, à luz da Teoria Crítica, procede-se o exame das empresas prestadoras de serviços de saúde. Em primeiro lugar, faz-se breves apontamentos acerca de sua evolução, sob a perspectiva histórica e jurídica. E, na sequência, relacionando as companhias às estruturas de mercado, demonstra-se que também a empresa insere-se no âmbito dual supra mencionado. É que, se de um lado, as atividades empresariais não podem deixar a perspeção do lucro para garantir sua subsistência, de outro, não podem eximir-se de atender as expectativas sociedades sobre elas incidentes.

Ao lado disto, discorre-se a respeito da potencial instrumentalização dos serviços de saúde e da necessidade de busca pelo equilíbrio entre os interesses mercadológicos e sociais. O equilíbrio aventado é refletido por meio do exame das diretrizes constitucionais da ordem econômica, princípios informantes dos negócios jurídicos contemporâneos – extraídos das bases informantes do Direito Negocial – e referenciais bioéticos, sobretudo no que se refere ao termo de consentimento livre e esclarecido.

Ao final, almeja-se demonstrar que a compatibilização dos dois aspectos assinalados – tanto instrumental como comunicativo – pode se dar, no âmbito corporativo – a partir da implementação de programas de integridade (Compliance), como mecanismo de operacionalização dos valores melhor depurados no decorrer do presente estudo. Para tanto, discorre-se a respeito dos aspectos inerentes à governança corporativa, com a finalidade de apurar se estes têm o condão de garantir o equilíbrio buscado entre a sociedade e o mercado, em específico, no âmbito das empresas prestadoras de serviços de saúde.

1. A SOCIEDADE PÓS-CONVENCIONAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA

A análise da atividade empresarial não pode ser feita em dissonância do contexto no qual inserida. O exame dos elementos que informam a sociedade revelam, assim, sua importância porque permitem estabelecer um panorama geral da dinâmica entre as ações individuais e suas implicações coletivas. E, tão somente após a apuração das transformações que ensejaram a formação da sociedade da forma como atualmente encontra-se configurada, é possível questionar o papel que as empresas desempenham em seu âmbito, bem como refletir-se acerca da necessidade de adoção de novos instrumentos para sanar imperfeições possivelmente constatadas.

Para esta tarefa, no entanto, não é suficiente perquirir os elementos presentes, atualmente, na sociedade, da forma como hoje apresentada. Cumpre percorrer a evolução que engendrou a formação dos pressupostos organizacionais hodiernamente existentes, a fim de verificar a razão pela qual se fizeram necessários; ou, em outras palavras, porque foram reconfiguradas as bases que outrora relevaram-se suficientes para orientar as ações sociais e a estruturação da vida em comunidade.

1.1 DA SOCIEDADE TRADICIONAL À SOCIEDADE PÓS-CONVENCIONAL

A análise da vida em sociedade, como um todo, remonta às origens do próprio ser humano. São inúmeras as descobertas que fizeram com que os indivíduos, ao longo da história, repensassem a maneira mediante a qual estruturavam-se e relacionavam-se uns com os outros. Contudo, para a finalidade específica deste estudo, o recorte que, de fato, merece atenção, consiste na passagem da sociedade tradicional àquela hoje denominada pós-convencional, a saber, a sociedade moderna¹. Isto, tendo em vista que as estruturas que balizam as ações sociais dos sujeitos em âmbito moderno decorreram, a rigor, da reconfiguração das bases existentes no modo de organização tido por tradicional.

¹ De acordo com Jürgen Habermas, “o conceito de modernização refere-se a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo: à formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho; ao esclarecimento do poder político centralizado e à formação de identidades nacionais; à expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida e da formação escolar formal; à secularização de valores e normas etc”. In: HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

1.1.1 Considerações Iniciais

O modo de organização da vida em sociedade reestrutura-se continuamente, o que ocorre, a princípio, em razão das diferentes necessidades dos indivíduos que a integram, bem como das dissemelhanças entre os meios utilizados por estes para alcançá-las. A dificuldade que se insere, neste contexto, consiste no fato de que ditos interesses – na maioria das vezes divergentes – podem levar a conflitos com consequências irremediáveis, do que se tem como exemplo as duas grandes guerras mundiais. Em razão disto, compreender a estrutura das relações sociais, ao longo do tempo, revela-se uma tarefa fundamental, porquanto permite identificar as disfunções a ela atreladas, bem como enaltecer os avanços daí decorrentes. Isto, com a finalidade de evitar novos retrocessos, o que comprometeria a consistência do desenvolvimento até então alcançado.

Para esta tarefa, cumpre retomar as características que informaram a maneira que comunidade que antecedeu àquela em que as relações entre os individuais estruturam-se atualmente. Trata-se, a bem ver, da sociedade tradicional. Nela, os domínios da vida social estavam atrelados a um conjunto de valores – na maioria das vezes, religiosos – responsáveis por informar as ações individuais e coletivas. Havia, por assim dizer, uma visão compartilhada de mundo, que, por ser incontestável, legitimava a maneira de organização analisada. Como consequência disto, os mais diversos aspectos sociais – quer seja a divisão de trabalho ou posição social dos sujeitos – eram vistos sob uma perspectiva global, “que determina uma atitude unificada diante do mundo e dos acontecimentos naturais”².

A visão compartilhada a que se faz referência era não só determinante para construção do pensamento dos indivíduos inseridos nas sociedades tradicionais, como prestava-se, também, a respaldar as ações destes, ao que veio a se denominar eticidade³. Em outras palavras, isto significa dizer que a unicidade dos valores partilhados culminava em ações práticas, servindo-lhes de diretriz. Por serem observadas por todos os indivíduos, as ações compartilhadas eram sistematizadas sob uma única interpretação – lastreada coletivamente – capaz de responder às mais diversas questões surgidas no âmbito daquela coletividade, inclusive “sobre as razões pelas quais é necessário agir desta ou daquela maneira”⁴.

Ocorre que, a partir do instante em que o conflito se coloca de maneira mais frequente em dita sociedade, suas nuances, até então compartilhadas por todos, começam a implodir. A

² NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15.

³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

partir disto, determinados indivíduos, ou ao menos uma parcela deles, passam a agir em dissenso com os demais. Dita circunstância, por revelar-se em diversos domínios da vida social, leva à uma nova forma de estrutura, até então não conhecida: a forma moderna, pós-tradicional⁵ ou, ainda, pós-convencional⁶ de organização da sociedade.

O que se observa na sociedade moderna, diferente daquela que a antecedeu, é a presença de uma pluralidade de eticidades, que, aos poucos, substitui aquela única, anteriormente existente. Com efeito, o mesmo espaço político passa a ser ocupado não mais por uma visão unitária, mas por diferentes concepções de mundo e formas de vida, que compartilham, agora, não os mesmos valores, mas o mesmo cenário. Por conseguinte, “a partir dessa nova organização social moderna, já não é mais possível legitimar a ordem social pela referência à tradição”⁷, já que a ideia de tradição não é mais construída a partir do todo, mas acoplada ao indivíduo singularmente considerado.

Na transformação assinalada, verifica-se, ainda, que o centro unificador das racionalidades deixa o polo metafísico e transpõe-se ao campo lógico. De se notar, portanto, que o advento da razão moderna, tal qual assinalado alhures, implicou, também, em uma releitura dos fundamentos da ética, agora a partir da razão moderna⁸. Por conseguinte, a ética moderna deixa a perspectiva ontológica da ética clássica, marcada pelo fato de a normatividade estar atribuída ao ser “objetivo”, mediatizado pelo *orthós logos* (reta razão). Agora, é o próprio sujeito quem passa a ser seu legislador moral. Em razão disto,

⁵ Consoante Jürgen Habermas, as sociedades tradicionais “distinguem-se das formas sociais mais primitivas: 1) pela existência de um poder central (organização estatal da dominação perante a organização por parentesco); 2) pela divisão da sociedade em classes sócio-econômicas (distribuição dos encargos sociais e compensações sociais entre os indivíduos segundo sua pertença às classes, e não segundo critérios das relações de parentesco); 3) pelo facto de estar em vigor algum tipo de mundividência central (mito, religião superior), que tem como fim uma legitimação eficaz da dominação”. Nas sociedades pós-tradicionais, no entanto, há um novo estado evolutivo das formas produtivas “que torna permanente a expansão dos subsistemas de acção racional teleológica e que, deste modo, impugna a forma que as culturas superiores têm de legitimar a dominação mediante interpretações cosmológicas do mundo”. In: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1968. p. 60-63.

⁶ O termo é melhor explorado por Lawrence Kohlberg ao discorrer acerca dos estágios de desenvolvimento da criança e, mais tarde, apropriado por Jürgen Habermas, para elucidar a racionalidade das ações em sociedade. No nível pós-convencional, “há um claro esforço para definir valores e princípios morais que tenham validade e aplicação à parte da própria identificação do indivíduo” com os grupos com os quais se relaciona. Corresponde aos estágios 5 e 6 do desenvolvimento. De acordo com o primeiro – orientação legalista sócio-contratual – “a ação correta tende a ser definida em termos de direitos individuais gerais e padrões que foram examinados criticamente e sobre os quais a sociedade inteira está de acordo. Há uma clara consciência do relativismo dos valores e das opiniões pessoais e uma ênfase correspondente em regras de procedimento para alcançar o consenso”. Com relação ao segundo – orientação universal de princípios éticos – “o direito é definido pela decisão da consciência em acordo com princípios éticos auto-escolhidos, que apelam para a extensão, universalidade e consciência lógicas”. In: WHITE, Stephen. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 72.

⁷ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *op. cit.*, p. 16.

⁸ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética, direito e justiça. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy Livraria, 2003. p. 126.

precisamente, é que se passa a enfrentar a problemática entre indivíduo e sociedade. Isto porque a autonomia moral do sujeito deve ser lida sob a constituição da comunidade ética, “uma vez que, no seu existir concreto, o agir ético individual tem lugar necessariamente na realidade objetiva do *ethos*, ou seja, na vida ética de uma comunidade história”⁹.

É, neste íterim, que se observa uma revolução nas perspectivas valorativas da modernidade, as quais, atreladas à revolução epistemológica havida no cenário científico do século XVII, ensejam o reconhecimento de novas e equivalentes estruturas informantes do processo de transformação da razão ocidental.

Desta maneira, por não ser dado conhecer a gênese empírica do universo ético-jurídico sem, antes, conhecer suas origens, é imprescindível compreender quais foram os elementos daí emergentes, capazes por informar o *ethos* desta comunidade, posteriormente traduzidos em normas (*nómoi*)¹⁰. Percorrer, pois, as hipóteses desenvolvidas para explicar da transformação em comento, é crucial para compreender a partir de quais fundamentos a sociedade se constitui.

Esta constatação decorre, também, do fato de que, embora os indivíduos tenham se reunido, ao longo da história, sob os mais variados aspectos, via de regra, estabeleceram normas e procedimentos aptos a orientar condutas, desembocando na determinação daqueles que seriam os diferentes papéis por eles ocupados na sociedade¹¹. Importante destacar, ainda, que as regras em questão fundamentavam-se em ideais de mundo, as quais, a despeito de não serem consistentes como outrora, tiveram como objetivo justificar a concepção desenvolvida por cada sujeito, ora sob a perspectiva ontológica, ora sob uma visão antropológica. A principal razão de análise destas organizações, informadas pelas estruturas apontadas, era legitimá-las, isto é, atribuir-lhes a possibilidade de ser reconhecida por todos¹².

É preciso ter em conta, no entanto, que os discursos de legitimidade são passíveis de serem questionados sob diferentes perspectivas e discursos. Trata-se de um cenário propício, portanto, para a construção de uma teoria crítica. Neste contexto, “o desenvolvimento de uma teoria crítica da sociedade apresenta um conjunto de elementos que se torna possibilitador da mesma”¹³, sendo imprescindível, pois, perfilhar as diferentes construções teóricas que se desenvolveram para tal desiderato. Isto, com a finalidade de apontar os aspectos que necessitam de aprimoramento, bem como aqueles que suficientemente enfrentam a tarefa

⁹ Idem, *ibidem*, p. 126-127.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 132.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 398.

¹² Idem, *ibidem*, p. 398-399.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 399.

proposta, a saber, compreender os fundamentos da organização da vida em sociedade, da forma como apresentada atualmente.

1.1.2 Principais Teorias e a Insuficiência de Fundamentação

Um dos primeiros aspectos a serem observados nas transformações causadas pela razão moderna é – como já apontado – o conflito existente entre a particularidade do *ethos* e a pretensão de universalidade da ética. O embate apontado é analisado por Descartes, que defende a necessidade de observância do *ethos* tradicional, ao menos até a constituição de uma ética racional, capaz de alcançar atributos universais. Para esta tarefa, isto é, para a constituição de um programa cartesiano de constituição de uma nova ética, ter-se-ia que considerar a concatenação de três elementos, a saber: método, sistema e sujeito. Isto, contudo, não foi possível diante da impossibilidade de o domínio do agir humano (*práxis*) submeter-se, de maneira contínua, à racionalidade, compreendida como “matemática da *physis*”¹⁴. O que se observa, ao contrário, é que a constituição da ética, sob uma perspectiva moderna, afastou-se da sistemática das ciências da natureza, por buscar no sujeito o princípio lógico e ontológico do agir (ético)¹⁵.

Em Sócrates, por sua vez, a fundamentação da ética se dá a partir da ideia da virtude, interiorizada pelo sujeito. Todavia, o que permanece indefinido no pensamento socrático são as justificativas (ou bases) que dão ensejo à virtude. Em razão deste embate, é que, mais tarde, Platão parte da perspectiva transcendente para justificar a constituição da ciência do *ethos*. Com base na estrutura que o filósofo confere ao mundo das ideias, a virtude socrática é lida sob a perspectiva do bem (*agathón*) e do justo (*dikaion*), o que remonta a um caráter deontológico. Nesta linha de raciocínio, destaca-se que o bem traduz-se em um princípio de obrigação interior. O justo, a seu turno, revela-se como o melhor. É, assim, a fonte de excelência da virtude, a finalidade da prática ética (*eudaimonía*). Sob esta perspectiva, a lei é a presença normativa “do Ser como Bem, na sua transcendência sobre a contingência do acaso (*tyche*) e sobre a necessidade do destino (*moira*)”¹⁶.

A importância da construção do raciocínio apontado se dá porque, a partir dele, a ética é pensada não por meio de sua constatação empírica, mas sob um aspecto inteligível. Em

¹⁴ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *op. cit.*, p. 126.

¹⁵ Não é demais destacar, no entanto, que do ponto de vista cartesiano, o sujeito é compreendido a partir da *poiesis*. Em outras palavras, da capacidade de produzir ou fazer determinado objeto de forma, sobretudo, por meio de um processo criativo. In: VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *op. cit.*, p. 126.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 136.

outras palavras, a partir das exigências atreladas a um plano transcendente (ideia), surgem as categoriais fundamentais informantes do plano ético-jurídico, ou seja, o agir ético sob a forma do agir virtuoso (o bem e a justiça). Neste mesmo cariz, tanto o agir ético do indivíduo, como o da comunidade, exprimem a condição humana como atrelada ao *ethos*, sem se olvidar, com isto, que o agir, orientado por costumes e hábitos, orienta-se a determinados fins, movidos por razões¹⁷.

A esta construção, Aristóteles acrescenta a compreensão de que o fim está relacionado à ideia de bem, isto é, à razão daquilo que seja melhor, real ou aparentemente. Por este motivo, de acordo com o filósofo, não seria possível um indivíduo, agindo com base na razão, atender a algo mal. Além disto, as razões da comunidade, porque disseminadas de acordo com a concepção de bem, aproximar-se-iam da ideia de justiça, o que, por sua vez, ensejaria uma distribuição equitativa e proporcional entre os indivíduos da sociedade. Em outras palavras, a justiça, enquanto mediadora do bem e dos indivíduos, passaria a traduzir-se no *ethos*. Este, por sua vez, pode ser lido sob duas perspectivas, a saber: costume e hábito. Na primeira hipótese, ao submeter-se ao critério do justo, assume “a forma estável da instituição, ordenada ao bem da comunidade e que encontrará sua realização mais elevada na instituição da sociedade política”¹⁸. Quanto ao hábito, por sua vez, verifica-se que o *ethos*, orientado pela justiça, traduz-se na virtude, “ou bem do indivíduo que se submete à norma da reta razão”, motivo pelo qual “a justiça é a mais alta das virtudes na esfera do agir ético, assim como a comunidade política é a mais alta das instituições”¹⁹.

Ainda sob esta ótica, sustenta-se que os indivíduos agem como sujeitos ético-jurídicos quando atuam no âmbito do *ethos*. As comunidades, a seu turno, ao adotar esta mesma postura, veem a legitimidade de seus fins reconhecida, a partir do bem-comum, ideia compreendida no consenso explícito – ou tácito – dos indivíduos que dela fazem parte. Segundo explica Henrique Cláudio de Lima Vaz, “o bem comum recebe uma expressão objetiva seja como *eunomia* ou partilha equitativa dos bens segundo a lei, na comunidade”²⁰. Desta forma, a concatenação entre o bem e a justiça, quando alcançada da maneira exposta, demonstraria o alcance, pela sociedade, de seu estágio mais desenvolvido.

Também com a finalidade de perscrutar um novo fundamento para as sociedades modernas, desatrelado da tradição, ganham destaque as teorias contratualistas (contrato social). A partir destas, a sociedade é vista não da maneira como instaurada, mas em estágio

¹⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 136-137.

¹⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 138-139.

anterior a isto, isto é, quando os indivíduos encontram-se, ainda, no chamado estado de natureza. A mudança deste estado - tido por originário – para a sociedade instituída é feito por meio dos próprios sujeitos, mediante um contrato social²¹.

O que se verifica, nesta linha de pensamento, é que dita transformação parte de um consentimento, dissociado do respeito de uma ordem tradicional, até então, incontestável. E, desta forma, a legitimidade desta configuração social encontra-se, justamente, no contrato que a instaura. Como consequência, “a sociedade civil produz para si mesma os critérios e as instituições que permitem aos indivíduos e grupo aceitar a ordem social que daí resulta”²². Em outras palavras, a sociedade moderna encontra em seu próprio fundamento de legitimação da norma a razão da ordem social instaurada²³.

Apesar das contribuições advindas das teorias contratualistas, nota-se que estas foram insuficientes para estabelecer um prognóstico e, por consequência, um diagnóstico às causas dos desequilíbrios existentes na sociedade. A bem ver, a perspectiva por elas adotada foi incapaz de absorver a complexidade das sociedades pós-convencionais, porquanto atreladas a apenas um ou poucos aspectos da coletividade.

Daí porque verificou-se que nenhuma das teorias apontadas foi suficiente para conduzir à emancipação social, marcada, sobretudo, pela tentativa de desembaraçar as contradições entre as lógicas que orientam o agir humano. Este fim passou, então, a orientar novos estudos, agora desenvolvidos pela pesquisa interdisciplinar compreendida como Teoria Crítica, fruto da reunião de intelectuais inclinados à compreender, reinterpretar e tecer construções críticas ao regime de produção capitalista (Escola de Frankfurt).

Importante destacar, para a finalidade deste estudo, que os pensadores em questão orientaram suas pesquisas, em um primeiro momento, sob o pensamento de Karl Marx. Por este motivo, isto é, porque calcados em uma perspectiva da dialética hegeliano-marxista, a primeira geração da Escola de Frankfurt, distanciou-se do direito²⁴. Dito de outro modo, a análise marxista, presente na base formadora da Teoria Crítica “manteve inafastada a desconfiança que o próprio Marx nutria em relação ao direito e, por este motivo, as pretensões

²¹ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *op. cit.*, p. 17.

²² Idem, *ibidem*, p. 18.

²³ Neste ponto, Marcos Nobre e Ricardo Terra acrescentam, que: “(...) não poder recorrer a uma tradição coletivamente compartilhada para obter o consentimento de todos para a vida em comum significa também que não é mais possível recorrer a um modelo de sociedade previamente existente na história para copiá-lo, como modelo a imitar”. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *op. cit.*, p. 18.

²⁴ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Introdução. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org). *Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui: Boreal, 2015.

de reflexão acerca do mundo jurídico e da ciência jurídica eram relegadas a um segundo plano”²⁵.

Como visto, o marco teórico que direcionou o estudo da primeira geração foi responsável por fazer com que, neste período, a pesquisa do direito não tenha se desenvolvido de maneira significativa.²⁶ Contudo, é preciso não olvidar que os estudos multidisciplinares, desenvolvidos sob a perspectiva das ciências humanas, proporcionaram o diagnóstico da sociedade à luz de um novo enfoque, marcado pela filosofia e sociologia. Desta forma, a segunda geração da Escola de Frankfurt possuía, já em suas bases, a sinalização para melhor compreender o papel desempenhado pelo direito na teoria social contemporânea²⁷. Apesar disto, de uma geração para a outra, nota-se uma expressiva ruptura, indicativa de que a teoria marxista não seria – ao menos não como de início – utilizada como pressuposto crítico para uma teoria da sociedade.

O fato de o diagnóstico da sociedade capitalista ter sido feito, em um primeiro momento, à revelia do direito se deu, como já ressaltado, porque os contornos jurídicos que poderiam ser atribuídos aos estudos que vinham se desenvolvendo até então foram desvalorizados pelas correntes de fundo marxista e niezchiano. Assim, apenas após 1960, o direito, agora na contemporaneidade, passa a ser analisado sob uma perspectiva diferente. A nova configuração atribuída às questões jurídicas ocorreu sobretudo porque, neste período, várias circunstâncias pendiam, ainda, de solução e reflexão mais aprofundadas, a exemplo da fragmentação da política, individualismo, globalização e enfraquecimento dos Estados nacionais. O final do século XX é, assim, marcado por “uma série de fatos históricos, políticos e sociais que permitiram ao direito reassumir uma nova configuração no âmbito da filosofia política e das ciências sociais”²⁸.

Neste cenário, desponta o pensamento de Jürgen Habermas que, preocupado com o desenvolvimento de uma teoria crítica da sociedade, vincula-se à Escola de Frankfurt, como assistente de Theodor Adorno, em 1950. O estudioso, embora tenha percorrido os referenciais teóricos da primeira geração, “acrescenta tonalidades kantianas e weberianas na sua

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ Segundo explicam Eder Fernandes Monica e Gilvan Luiz Hansen: “A chamada ‘primeira geração de Frankfurt’ se estruturou em torno da construção de uma teoria crítica da sociedade que tinha matizes mais proeminentes ligadas às concepções hegelianos-marxistas, ampliando as críticas ao Estado e ao seu papel na modernidade para além dos aspectos econômico-políticos, trazendo à tona reflexões acerca da indústria cultural, da violência, da estetização da política e da unidimensionalização do ser humano em seu acontecer social”. MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. *A teoria crítica sob o prisma discursivo de Habermas*. In: BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (Org.). *Direito e Teoria Crítica*. Birigui: Boreal, 2015, p. 398-414.

²⁷ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *op. cit.*

²⁸ Idem, *ibidem*.

compreensão da modernidade e dos fenômenos sociais contemporâneos”²⁹. Em outras palavras, ao analisar a sociedade sob uma perspectiva filosófica, associada à teoria do direito, interpreta a razão prática a partir de sua necessária reabilitação no contexto contemporâneo. Isto se dá, sobretudo, em decorrência de circunscrever-se a concepções relacionadas à psicanálise, fato que transparece a intenção de construir uma teoria crítica valorizadora do elemento linguístico-discursivo, em uma análise esclarecedora, na qual “os atores sociais são protagonistas e não mero destinatários de soluções impostas de fora para dentro”³⁰. Em outras palavras, o estudioso tenta atribuir ao direito um papel significativo à releitura da modernidade, diferente do que tinha sido feito até então³¹.

Ainda neste cenário, nota-se que, além do estudo do direito, a orientação das pesquisas sob a perspectiva da linguagem significou importante elemento viabilizador da teoria crítica. Para este desiderato, os estudos de Immanuel Kant trouxeram importante contribuição. De acordo com este viés, o ser humano é compreendido a partir de sua capacidade racional e sensorial, razão pela qual lhe são atribuídas condutas capazes de gerar conhecimento por meio da relação que possui com os objetos que o cercam, circunstância que pode implicar, inclusive, na transformação destes últimos. Ocorre que a interação em comento releva-se complexa, já que o objeto do conhecimento (*alter*), colocado diante do eu (*ego*), pode ser, também, dotado de capacidade racional e sensorial e, com isto, reivindicar para si determinada condição. Isto, a bem ver, nem sempre se coloca de uma forma harmônica na realidade social³².

Ademais, a maneira de interação entre os seres humanos, a partir da ideia de subjetividade que tenta se impor à do outro, não se dá de maneira artificial. Afirma-se isto porque os indivíduos situam-se em um âmbito dotado de significados traduzidos pela linguagem e, neste ponto, compartilhados de forma intersubjetiva. Daí porque a linguagem revela-se como elemento decisivo para a teoria crítica da sociedade: esta possui, de forma inerente, condições de possibilitar a intersubjetividade, por meio do compartilhamento de significados, signos e ações com base nos quais a comunidade se forma³³.

Neste aspecto, observa-se que tanto o reconhecimento como o respeito do outro se dão em situações similares, nas quais os significados atribuídos às condutas – sejam estas de controle, dominação ou colaboração – são percebidos tanto por sujeito quanto pelo objeto.

²⁹ MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. *op. cit.*, p. 405.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 405-406.

³¹ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. *op. cit.*

³² MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. *op. cit.*, p. 400.

³³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

Assim, independente do objetivo que se atribui à determinada ação (isto é, dominação ou respeito), nota-se que a presença do outro é perceptível e, como tal, serve de referencial para o *ego* (eu), “exigindo deste um movimento na direção de justificar e legitimar as suas condutas”³⁴.

A importância da legitimidade das ações/instituições se dá justamente pelo fato de que é este o elemento que confere estabilidade social aos membros da coletividade. Significa dizer que, sem que se legitimem as condutas, “fatores como a cooperação, o cumprimento de normas e leis tende a ser problemático, a coesão de interesses inexiste ou é mantida à força de armas e de coação, tolhendo a liberdade de desrespeitando vontades daqueles sobre os quais a ordem de poder se instaura”³⁵.

Em adição à esta ideia, Jürgen Habermas compreende que um ordenamento político com pretensão de legitimidade deve garantir a possibilidade de ser questionado, porquanto, a partir disto, pode apresentar as razões que lhe conferem razoabilidade e validade. E, a exigência de legitimidade coloca-se não apenas para aqueles que estão à frente das ações e instituições criticadas, mas também em face dos próprios críticos. Por consequência, caso estes últimos demonstrem divergência ou coincidência com os discursos justificadores da facticidade, “devem estar dispostos a construir discursos amparados em razões minimamente plausíveis e cuja pretensão seja obter a melhoria das condutas e práticas das instituições que são alvo do questionamento”³⁶.

Sob esta perspectiva, é possível retomar a ideia anteriormente colocada de que as pessoas relacionam-se em sociedade a partir de suas concepções de mundo, as quais determinam a maneira e o direcionamento por meio do qual pretendem agir. A rigor, quando estas ações estão em consonância com as expectativas de conduta do outro, não há que se falar, via de regra, em conflito, já que os significados que podem ser atribuídos a dito comportamento são reconhecidos por todos como legítimos. Era o que acontecia na sociedade tradicional, como exposto alhures.

Ocorre que, com as transformações enfrentadas no século XX, Jürgen Habermas identifica que, na passagem da sociedade tradicional à moderna, os modelos explicativos até então formulados não conseguiram abranger a totalidade e complexidade do fenômeno social que se colocava. Isto ficou ainda mais evidente – como já destacado – com a ocorrência das duas guerras mundiais que, além de demonstrarem a insuficiência das explicações

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 401.

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 401-402.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 402.

alavancadas até então, trouxeram à baila a contestação de que o avanço técnico-científico demandava a busca por uma solução em face da massificação política que passava a se impor³⁷. Daí o questionamento: “como, porém, num contexto de problemas planetários a exigir soluções de igual teor, viabilizar a construção de saídas para a espécie humana, ante uma diversidade de etnias, culturas e concepções políticas, econômicas, antropológicas, estéticas sociais e religiosas?”³⁸.

Nesta métrica, Jürgen Habermas tenta fornecer uma resposta à esta indagação a partir da tentativa de encontrar um mínimo denominador comum para orientação das condutas dos indivíduos. Trata-se, a bem ver, do paradigma extraído da condição racional dos sujeitos, traduzido sob a perspectiva da linguagem e ação. Dito de outro modo, o filósofo passou a sustentar que, se os indivíduos possuem capacidades linguísticas e de ação, são, também, aptos ao estabelecimento de soluções a partir do diálogo, em um processo no qual todos possuem competência e legitimidade para participar.

Desta maneira, passou-se a compreender a construção de uma teoria crítica da sociedade a partir da interação entre os indivíduos que, por meio do diálogo, teriam condições de estabelecer pressupostos de reflexão acerca as estruturas que orientam as sociedades contemporâneas. Circunstância esta determinante para traçar as condições indispensáveis para que ditas estruturas, quando se revelarem insuficientes à satisfação das necessidades para garantia de uma vida justa e digna, sejam revistas³⁹.

Diante disto, impõe-se melhor depurar as características que podem ser conferidas às ações humanas, a fim de, a partir da análise dos princípios por meio dos quais se orientam, seja possível perquirir as diferentes racionalidades que lhe são próprias. Isto, com a finalidade de identificar uma possível solução aos conflitos que se fazem presentes na sociedade pós-convencional, potencializados pela fragmentação dos valores, sobretudo em âmbito empresarial.

1.2 RACIONALIDADE DAS AÇÕES SOCIAIS: AS PECULIARIDADES DA REPRODUÇÃO MATERIAL E SIMBÓLICA DA SOCIEDADE

O desenvolvimento de uma teoria crítica, por Jürgen Habermas, perpassa a análise das características presentes nas ações sociais, sobretudo sob o ponto de vista que as diferencia. O

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 406.

³⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 37.

exame, portanto, das racionalidades dissemelhantes existentes em âmbito social relevam sua importância diante do fato de que orientam, também, a conduta dos indivíduos, cujo estudo não pode ser olvidado. Em outros termos, cumpre identificar se os sujeitos relacionam-se uns com os outros sempre sob a mesma perspectiva ou se, a depender dos objetivos visados, podem alterar seu comportamento. E, uma vez constatadas diferenças, importa depurar quais as características peculiares de cada uma delas.

1.2.1 Agir Comunicativo e Agir Instrumental

Como visto, com o advento da modernidade, o conjunto de valores que antes orientava a conduta de determinada comunidade de maneira única foi dinamizado. Com isto, os sujeitos passaram a agir de acordo com os fins que reputavam adequados, de maneira individual. Esta circunstância fez exsurgir conflitos, porque a interpretação conferida por cada um à comunidade estava diretamente atrelada à sua própria visão de mundo, de maneira particular. Neste cenário, marcado também pelo avanço tecno-científico potencializado pelo capitalismo, os estudos para desenvolvimento de uma teoria crítica da sociedade ganharam destaque. Dentre estes, mencionou-se aquele desenvolvido por Jürgen Habermas, no intuito de interpretar o direito como instrumento de emancipação e, ainda, a linguagem como componente presente nas relações humanas.

Como é evidente, as transformações enfrentadas pela sociedade fizeram com que a dinâmica social fosse alterada, o que levou a mudanças na própria estrutura em que o direito passou a ser concebido. O que se observa, com a sociedade pós-convencional, é que também o direito passou a autonomizar-se progressivamente em direção a um sistema funcional, com características próprias. Este fato ficou ainda mais evidente com o distanciamento do direito de um fundamento, por assim dizer, sagrado, antes compartilhado por determinado grupo.

Na medida em que o direito se distanciou da forma do direito natural, aproximou-se da concepção do positivismo jurídico⁴⁰. Trata-se de uma consequência própria da autonomização atingiu todos os domínios da vida social, não mais vistos sob uma interpretação global do

⁴⁰ Neste ponto, ressalta-se que positivismo jurídico pode ser compreendido como a) uma maneira de estudar o direito b) uma concepção do direito; ou, ainda, c) uma determinada ideologia de justiça. Ao analisar o positivismo jurídico com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio, Alair Barbosa ressalta: “como modo de encarar o estudo do direito, o positivismo jurídico se caracteriza por distinguir direito real e direito ideal (...). O positivismo acha que o jurista deve ocupar-se do direito real: o direito que é. É um direito científico. E deve ser neutro sob o aspecto axiológico.” In: BARBOSA, Alair. *Norberto Bobbio e o positivismo jurídico*. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, p. 283-292, jan./mar. 1988. p. 5.

mundo⁴¹. Agora, estes domínios passam, a exemplo do direito, a regerem-se por uma lógica própria e autônoma com relação aos demais. Como consequência, não só o direito, mas todas as outras esferas culturais de valor, como a moral, política, ciência e economia, funcionam a partir de pressupostos que não admitem a ingerência dos demais⁴².

Como os domínios da vida social não mais interagem sob a forma de uma harmonia preestabelecida, a reprodução da sociedade vê sua estrutura desestabilizada. Desta forma, por evidente, “a vida cotidiana na sociedade moderna é repleta de conflitos e tensões entre as diversas lógicas próprias das várias esferas culturais de valor”⁴³. Sucede que, para Jürgen Habermas, o potencial de conflito trazido à tona pela sociedade moderna pode ser estabilizado a partir da diferenciação daquilo que o filósofo denominou racionalidade das ações sociais, de características, a princípio, distintos. Trata-se da ação instrumental, de um lado e, de outro, da ação comunicativa.

O primeiro (agir instrumental) está diretamente atrelado à reprodução material da sociedade. Por ser orientado ao êxito, carrega em si a possibilidade de neutralizar conflitos para satisfação dos fins almejados (a exemplo da produção de mercadorias, administração de leis de acordo com critérios impessoais, manutenção da circulação de bens). Paralelamente, na produção material da sociedade, “o mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões de mundo e crenças, mas como meros objetos, como meios com vistas à consecução de um fim determinado”⁴⁴.

A segunda espécie (agir comunicativo), embora não elimine o dissenso presente na sociedade pós-convencional, visa limitar o campo em que ditos conflitos ocorrem, a fim de que a reprodução material da sociedade não seja colocada em risco. De se observar que, neste contexto, a maneira de interpretar o conflito não se dá sob a perspectiva de sua neutralização, como feito com a ação instrumental. O que se pretende, com a racionalidade ora apontada, é oportunizar a discussão racional, na qual os participantes estabelecem as regras do diálogo⁴⁵.

Nesta hipótese, não há necessidade de eleger os melhores meios para o êxito dos fins elencados. O que se pretende, bem diferente do agir instrumental, é o entendimento entre os participantes envolvidos na discussão. Daí porque, no entender de Jürgen Habermas, a ação comunicativa viabiliza a reprodução simbólica da sociedade, “sem a qual o conflito e o

⁴¹ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *op. cit.*, p. 19.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 20.

⁴³ Idem, *ibidem*, p. *loc. cit.*

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 20-21.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 21.

dissenso se expressariam unicamente em termos de interesses inconciliáveis, segundo a lógica da ação instrumental, o que levaria a sociedade moderna à autodestruição⁴⁶.

De acordo com o filósofo:

No agir comunicativo, os participantes tentam realizar consensualmente seus planos tomando como base uma definição comum da situação. E, quando se torna necessário negociar uma definição comum da situação ou quando fracassam as tentativas de entendimento no quadro de definições comuns da situação, a obtenção do consenso, que normalmente é condicionada para a persecução de um objetivo, pode se transformar num fim. Em todo o caso, o *sucesso* obtido mediante um agir teleológico e o *consenso* obtido por meio de atos de entendimento que constituem critérios que permitem concluir se houve ou não sucesso no domínio de uma situação⁴⁷.

A teoria da ação comunicativa, tal qual desenvolvida por Jürgen Habermas visa, assim, verificar a possibilidade de integração e coordenação dos planos de ação entre diferentes autores, o que seria feito, a rigor, por esta última espécie de agir. E isto porque, por meio da ação comunicativa, os planos de ação são orientados a partir de um acordo racional, decorrente do entendimento entre as partes, advindo da linguagem. Diferente da ação instrumental/estratégia, não está centrada na eficácia dos meios utilizados. Em síntese, não busca interferir tecnicamente nos acontecimentos da vida sociais, mas, sim, nas medidas escolhidas por um sujeito para influenciar na decisão do outro⁴⁸.

Não obstante, cumpre ressaltar que tanto a ação comunicativa quanto a instrumental não estão completamente dissociadas uma da outra na ação social. Diz-se isto porque cada uma delas carrega, em si, características – ainda que incipientes – da outra. Na primeira (comunicativa), deve-se resguardar um momento de estabilização apto a garantir a eficácia dos resultados, bem como a continuidade da comunicação. Daí a presença de elementos sistêmicos, orientados à efetividade da comunicação. Na segunda (instrumental), por sua vez, exige-se um objetivo de entendimento mútuo, neutralizado para a finalidade da autopreservação e reprodução material da sociedade⁴⁹. Entendimento, assim, que pressupõe a existência de influxos comunicativos.

Neste cariz, observasse que cada um dos tipos de ação pode ser atribuído a um domínio da vida social, caracterizado pela espécie de agir prevalente. No domínio da vida compreendido como sistema, sobressaem as ações de natureza instrumental, do que são exemplos as instituições relacionadas ao mercado - regidos pela lógica financeira – e ao

⁴⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen Habermas. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. trad. Flávio Beno Siebebeichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 233.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 57.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 22.

Estado – informado pela lógica do poder. No mundo da vida, por sua vez, destacam-se, ao contrário, as ações de ordem comunicativa⁵⁰.

1.2.2 Colonização do Mundo da Vida e Necessidade de Emancipação

Uma vez esclarecidos os tipos de ações sociais existentes e os domínios a que correspondem, importa examinar a relação havida entre elas, com a finalidade de verificar as consequências advindas da colonização da lógica de uma sobre a outra. Isto, sobretudo na modernidade, em que as estruturas do sistema capitalista de produção irradiam sobre os vários domínios da vida social, culminando em condutas que devem ser refletidas tanto sob o aspecto da reprodução material, como simbólica da sociedade.

Com efeito, Jürgen Habermas explica que os dois domínios da vida social – sistema e mundo da vida – encontravam-se justapostos de forma indissociável na sociedade tradicional. Desta forma, além de todas as consequências apontadas, as transformações advindas da sociedade moderna fizeram com que os domínios apontados se separassem, de modo que a lógica que informa, de maneira específica, cada um deles ganhou autonomia com relação à outra⁵¹.

Em razão do enaltecimento das disparidades entre as lógicas existentes – antes atreladas –, percebe-se que, não raras vezes, um domínio de ação passa a ser colonizado pelo outro. E, devido a predominância da eficácia das ações instrumentais, compreende-se que o sistema exerce este papel colonizador sobre o mundo da vida. Isto acontece a partir do momento em que “um domínio de ação passa a sofrer interferências significativas por parte da lógica instrumental, de tal maneira que esta pretende determinar o sentido das ações de maneira exclusiva, às expensas da lógica comunicativa”⁵².

Nas palavras de Jürgen Habermas:

À luz do sistema, é possível caracterizar tais níveis utilizando novos mecanismos sistêmicos e níveis de complexidade correspondentes. E nesse

⁵⁰ A respeito do mundo da vida, esclarece-se: “Nesse conceito sociológico de mundo da vida aparecem, portanto, esses três componentes estruturais gerais: a cultura, entendida como o acervo de saber a que os atores recorrem como fonte de interpretações; a sociedade, entendida no sentido estrito de conjunto de ordens consideradas legítimas a partir das quais se criam solidariedades; e a personalidade, entendida com conjunto de competências adquiridas em processos de aprendizagem, as quais permitem formas a identidade pessoal em processos de interação. Ao mesmo tempo em que esses componentes estruturais servem de recursos para os processos comunicativos cotidianos, estes mesmos processos os reproduzem, introduzindo eventualmente mudanças e novidades. Habermas denomina esse processo circular que se dá entre o mundo da ação e a ação comunidade como reprodução simbólica do mundo da vida. Conforme os três componentes, ela se efetua como reprodução cultural, como integração social e como socialização”. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *op. cit.*, p. 62

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 22.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 22-23.

nível de análise tem início o processo de desengate entre sistema e mundo da vida, de tal modo que o mundo da vida, inicialmente coextensivo a um sistema social pouco diferenciado, é rebaixado gradativamente ao nível de um subsistema, ao lado de outros subsistemas. Nesse ponto, os mecanismos sistêmicos se desprendem cada vez mais das estruturas sociais mediante as quais se realiza a integração social⁵³.

É preciso não olvidar, todavia, que as estruturas comunicativas já estabelecidas na sociedade são capazes de oferecer certa resistência ao processo de colonização aventado, o que se dá mediante a mobilização de recursos para preservação dos espaços inerentes ao mundo da vida. Apesar de os instrumentos de resistência organizarem-se de maneira informal, nota-se a adoção de estratégias no sentido de opor determinada linha de ação instrumental em face da outra.

A finalidade desta tarefa é, pois, trazer à lume a parcialidade de uma racionalidade que aspira ser exclusiva. Como exemplo desta circunstância, Marcos Nobre e Ricardo Terra mencionam o parecer técnico contrário à construção de uma usina hidrelétrica, apresentado com a finalidade de interrupção da obra. Neste ponto, tem-se a lógica instrumental voltada contra si própria, “com a inspiração comunicativa de revelar a parcialidade da razão instrumental e a necessidade da inclusão de outras vozes no processo”⁵⁴.

Neste cenário, aponta-se a necessidade de emancipação da dominação em referência, a fim de que o domínio sistêmico intervenha apenas de maneira mínima sobre a esfera comunicativa. Diz-se mínima porque é, também, necessário garantir a subsistência da sociedade a partir de sua reprodução material. A partir da emancipação, portanto, com o maior enaltecimento da ação comunicativa, seria possível que esta ganhasse margem para comandar processos coletivos democráticos de decisão, aos quais os imperativos deveriam submeter-se⁵⁵.

Por evidente, a questão que se passa a responder, agora, é como viabilizar o direcionamento do sistema pelo mundo da vida, isto é, “de que maneira a lógica comunicativa pode influenciar o funcionamento do sistema sem ameaçar estruturalmente a própria lógica instrumental tão importante para a reprodução material da sociedade?”⁵⁶. A relevância desta tarefa se dá, sobretudo, porque em uma sociedade complexa, como a capitalista, não é sustentável preservar a reprodução material apenas com base na ação comunicativa. Há que se garantir, pois, a coexistência das duas lógicas apontadas, a fim de que uma não comprometa a

⁵³ HABERMAS, Jürgen Habermas. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista. op. cit.*, p. 277-278.

⁵⁴ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 23.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 23-24.

outra, mas equilibrem-se de modo à garantir a sincronia entre reprodução material e simbólica da sociedade⁵⁷.

Para responder ao questionamento colocado, importa primeiro compreender que as alterações no processo de socialização foram também responsáveis por diferenciar a compreensão que se tem de ética, daquela atribuída à moral⁵⁸. Isto se verifica a partir dos três aspectos que orientam as condutas individuais. Estas devem, previamente, atenderem à a) autorrealização ética, “a partir do horizonte de pressupostos valorativos de uma convivência não alienada e solidária”⁵⁹; b) autodeterminação moral, atrelada à autonomia deontológica; e c) concepção utilitarista desenvolvida pelos indivíduos, “na medida em que se deparam com uma multiplicação de chances e possibilidades para a realização de sua vida”⁶⁰.

Neste ponto, observa-se que:

O entrelaçamento desses três aspectos em nível individual também é transposto para o nível social, na medida em que se observam os pressupostos valorativos partilhados comumente por determinados grupos sociais, sob a ótica da solidariedade e da ética; a necessidade de regulação dos conflitos sociais diluídos na pluralidade de valores por intermédio de princípios morais; a forma como a sociedade capitalista reproduz sua estrutura material de vida balizada por parâmetros de eficiência e eficácia, sob o ponto de vista utilitarista⁶¹.

Como visto, a caracterização destes elementos (ética, moral e utilitarismo), por serem diferentes, faz com que a sociedade aumente uma espécie de pressão, por assim dizer, sobre o mundo da vida. É justamente neste contexto que o direito coloca-se como instrumento apto ao atendimento de condições institucionais necessárias aos usos plurais da razão prática, viabilizando-os, tanto sob a perspectiva da ação sistêmica, quanto da ação comunicativa. Não obstante, é preciso ter em conta a necessidade de que a dependência entre direito e mundo da vida se faça sob um pressuposto de justiça (moral), que atenda aos ideais do modelo pós-convencional de normatividade social⁶².

⁵⁷ A este respeito, menciona-se, por exemplo, que não seria viável que um conjunto de cidadãos fossem reunidos para deliberar acerca da aplicação de uma sanção quanto um indivíduo tivesse sido acusado de violar uma norma penal específica. Por este motivo, inclusive, observa-se a criação, pelo direito, de um aparato sistêmico para decidir acerca da aplicação de uma pena, na hipótese de violação de uma norma. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *op. cit.*, p. 30.

⁵⁸ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. *Estudos em direito negocial: relações privadas e direitos humanos*. Birigui: Boreal, 2015.p. 30.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶¹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶² Idem, *ibidem*, p. 30-31.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que a possibilidade de crítica e de ação para remoção dos obstáculos à comunicação e, com isto, a abertura do caminho para a emancipação da lógica sistêmica sobre as relações sociais se dá com o direito. Este, como instrumento mediador entre as dicotomias apontadas até então (ética, moral e utilitarismo, ação instrumental e ação comunicativa, sistema e mundo da vida) seria capaz de equilibrar os diferentes domínios de ação apontado, atendendo não só às necessidades inerentes à reprodução material da vida – que, como visto, não podem ser olvidadas – mas, também, garantindo que isto não seja um óbice à reprodução simbólica da sociedade, catalizadora dos reflexos negativos da modernidade.

1.3 DIREITO COMO INSTÂNCIA MEDIADORA ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA

Embora tenha-se afirmado que o direito pode figurar como instância mediadora entre os dois domínios de ação existentes na vida social, importa conferir maiores subsídios a esta constatação. Para tanto, cumpre, em primeiro lugar, estabelecer as características que permitem ao direito figurar na posição aventada e, após, apontar as dificuldades que se inserem nesta tarefa, sobretudo à luz da tensão entre facticidade e validade.

1.3.1 Principais Características do Direito nas Sociedades Pós-Convencionais

Como visto, nas sociedades capitalistas, os indivíduos tendem a tomar decisões desatreladas de pressupostos valorativos. Por esta razão, o domínio das ações, na perspectiva moderna, é neutralizado sob o ponto de vista ético e, assim, orientado por diretrizes funcionalistas. Não obstante, como já demarcado, esta circunstância não traduz integralmente a dinâmica da interação social, que também exige do indivíduos laços de comunicação e entendimento capazes de ratificar a sociabilidade a eles inerente.

Em outras palavras, a interação social está diretamente atrelada a pressupostos comunicativos, que possibilitam a socialização pela aceitabilidade de determinadas pretensões de validade, as quais, por sua vez, relacionam-se a pretensões de cunho moral. É, pois, neste âmbito, que o direito revela-se como um instrumento capaz de assistir o indivíduo no cumprimento de exigências funcionais, “como também retirar-lhe de suas costas o fardo do cumprimento de normas morais”⁶³. O que se verifica, na verdade, é que, no direito moderno,

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 31-32.

as leis garantem a compatibilidade das liberdades de ação, transferindo para si as normas morais, a rigor, inerentes à esfera subjetiva do indivíduo⁶⁴.

Como consequência, o sujeito age tanto na esfera sistêmica quanto comunicativa sem a exigência de compromissos éticos, na primeira, e desatrelado de obrigações morais, na segunda. A bem ver, é a lei que respalda a liberdade negativa para a ação, em ambas as hipóteses. A exemplo disto, é possível afirmar que “até mesmo no exercício do poder político, pode o indivíduo abandonar a capa de cidadão (comportamento conforme regras de convivência) e agir em função de sua estrita liberdade subjetiva (comportamento de um dever legal)”⁶⁵.

Sucedem que a legitimidade que deve ser conferida a esta estrutura – em que o direito permite com que o indivíduo aja de acordo com a legalidade, mediante a preservação de sua liberdade negativa – deve atravessar um processo legislativo, sob o crivo da soberania popular. Apenas assim, é possível conceder à lei expectativas normativas no sentido de preservar o bem comum da sociedade. Por esta razão, defende-se que o direito deve conservar um nexo interno com o agir comunicativo, visto com força social integradora. A princípio, isto compatibilizaria o dissenso entre esfera pública e privada.

Outro ponto a ser destacado acerca do papel do direito na modernidade é sua relação com a moral. De acordo com Jürgen Habermas, este elo ocorre de maneira diferente daquele existente na sociedade tradicional, em que tanto moral quanto direito eram orientados por um nível de fundamentação pós-metafísico. Ocorre que, a exemplo dos demais domínios que circunscrevem a dinâmica social, também a moral e o direito desvencilharam-se de pressupostos metafísicos e, por consequência, dos valores tradicionais encontrados, antes compartilhados. Nesta nova relação, agora marcada pela complementação, também a autonomia dos indivíduos ganha novos contornos, sendo seu estudo essencial para diferenciação – agora verificada com mais clareza – entre as regras jurídicas e morais, situadas em contexto moderno.

Neste aspecto, as questões morais e jurídicas referem-se, em teses, aos mesmos problemas. No entanto, os analisam sob diferentes perspectivas, orientadas, principalmente, pela forma com que são capazes que enfrentar as situações que lhe são colocadas. Na moral, a

⁶⁴ A compreensão do direito na modernidade perpassa a perspectiva da ação subjetiva do indivíduo. Sob este enfoque, o direito estabelece limites ao emprego da vontade e da liberdade de ação dos sujeitos. Por este motivo, nas sociedades pós-convencionais, o direito encontra-se atrelado à integração social, também em uma perspectiva econômica, porquanto as ações – embora neutralizadas sob o ponto de vista ético – dependem de ações descentralizadas de indivíduos, singularmente considerados. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *op. cit.*, p. 37.

⁶⁵ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 32.

dinâmica adotada aproxima-se de uma forma do saber – de um sistema de cunho mais simbólico, portanto. No direito, diferentemente, o que se observa é um sistema de ação, demarcado por uma forma institucional, no qual se distancia das convenções advindas de usos e costumes. A nível cultural, o direito é, ainda, capaz de separar moral e ética, “demonstrando sua especialização no trato de questões que decorre do plano da razão prática”⁶⁶.

O que não pode ser preterido, neste plano, é que, apesar destas distinções, ambos “se ocupam da ordem legítima de relações interpessoais com vistas à coordenação de ações com base em normas justificadas e, ademais, com a solução de conflitos de ação com base em ‘regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente’”⁶⁷.

Disto, infere-se que, apesar de complementares, moral e direito diferenciam-se porque a primeira é caracterizada sob o ponto de vista do sistema de saber, ao passo em que o segundo carrega em si características tanto de um sistema de saber, como de ação. Com efeito, quando se está diante do sistema de saber, exige-se um nível cognitivo, próprio do indivíduo, no qual este recorre a suas concepções subjetivas para motivar seus atos. A motivação se dá, assim, em consonância com aquilo que o sujeito tem a nível de consciência. A consequência disto é que, a cada nova situação, o indivíduo vê-se diante de escolhas motivacionais, a partir das quais poderá alcançar eficácia na realização da ação.

O direito, no entanto, por ter em si as duas características apontadas – saber e ação – possui, ao mesmo tempo, a) um conjunto de textos ligados a interpretações racionalmente construídas, “que perfazem um saber e uma dogmática sólida”⁶⁸ e, ao lado disto, b) a operacionalização do sistema de interpretações (saber) em comento, institucionalizado para “regular a complexidade interacional da ação humana”⁶⁹.

No entender de Jürgen Habermas, a relação de complementariedade entre direito e moral se dá sob o plano da autonomia moral e política dos sujeitos, desde que analisadas sob a ótica do princípio do discurso. E isto porque, em âmbito pós-convencional, a existência de um conteúdo normativo neutro – e, portanto, imparcial – somente é capaz de servir como base de regramento da moral e do direito quando se está diante de algo capaz de proporcioná-lo, isto é, quando se resguardado o princípio do discurso. Em outras palavras, é possível afirmar que o princípio do discurso comporta, a um só tempo, um conteúdo normativo neutro e válido sob a perspectiva da moral e, também, do direito.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 42.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 45.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 46.

Com a finalidade de melhor demarcar o papel do direito e da moral nas relações existentes na sociedade, cumpre esclarecer que, diferente do que se pode pensar a princípio, o direito não está adstrito somente à justiça/responsabilidade, sob o ponto de vista institucional. De igual modo, a moral não restringe-se à responsabilidade pessoal e tampouco à divisão que diferencia domínio público privado. O que se observa, na verdade, é que a moral – inserida em ambos os contextos – apenas alcança efetividade quando traduzida sob a forma do direito⁷⁰.

Consoante Jürgen Habermas:

[...] se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentais morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental⁷¹.

Diante disto, demarca-se que as normas jurídicas pretendem a concordância daqueles que estão insertos em determinada comunidade jurídica (princípio da democracia). Trata-se de um aspecto performativo, revelado dentro da autodeterminação dos indivíduos que compõem esta sociedade, à medida que se reconhecem como iguais. É uma característica voltada não essencialmente a todas as normas de ação, mas que se aproxima do sistema de saber, já apontado.

Todavia, neste âmbito, nota-se que a institucionalização se dá sob um sistema de direitos, que permite a formação racional de vontade, por meio de um processo político, em que está presente, mais uma vez, o princípio da democracia⁷². A diferença existente, assim, entre este e o princípio moral, se dá porque o primeiro preocupa-se com “as condições externas de institucionalização jurídica que permita e garanta (...) a participação simétrica de

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 44.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.2. trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 203.

⁷² Em complementação a esta ideia, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira esclarecem que: “O princípio da democracia, portanto, pressupõe preliminarmente e necessariamente a possibilidade da decisão racional de questões práticas a serem realizadas no discurso, da qual depende a legitimidade das leis. Assim sendo, o princípio da democracia, partindo do pressuposto de que uma formação político-racional da opinião e da vontade é possível, implica na institucionalização dessa vontade e opinião políticas racionais através de um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação num processo de normatização jurídica legítima (já garantido em seus pressupostos comunicativos), ou seja, ele tem como implicação a institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo Direito”. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *op. cit.*, p. 43.

todos os envolvidos”⁷³. O segundo, por sua vez, relaciona-se internamente com as regras de argumentação.

A demarcação em comento é importante porque permite concluir que o sistema de direitos, em Jürgen Habermas, demonstra que a formação racional da opinião/vontade deve estar presente na sociedade sob uma forma institucionalizada. Ao lado disto, deve o direito portar-se como intermediário para que dita vontade se manifeste como comum entre aqueles livremente associados em determinada comunidade⁷⁴.

Dito isto, é possível delimitar que as normas morais dirigem-se à regulamentação de conflitos dos indivíduos reconhecidos reciprocamente, vistos sob um plano concreto. As normas jurídicas, no entanto, visam à regulamentação dos mesmos conflitos, inseridos – no entanto – em uma sociedade artificial e abstrata, nas quais estão insertas regras jurídicas.

Disto, extrai-se que a atuação do direito se dá em um espaço gerido pela legalidade, o que reduz, por evidente, seu campo de atuação. A legalidade, a seu turno, limita-se, essencialmente, a três abstrações, quais sejam (i) “o direito não processa plenamente a relação entre razão e vontade, deixando-a sob a tutela do arbítrio”⁷⁵; (ii) o direito pode abstrair-se do mundo da vida, ao produzir normas que atendam apenas alguns de seus interesses; (iii) não há necessidade de que haja motivação no cumprimento da norma, sendo suficiente a conformação do direito a ela.

Ademais, as condições necessárias para legitimidade do direito encontram-se associadas a seus fundamentos intersubjetivos, os quais são diretamente ligados a uma compreensão comunicativa dos sujeitos envolvidos⁷⁶. Quanto a este aspecto, no entanto, importa acrescentar que um membro da comunidade jurídica não corresponderá, obrigatoriamente, ao sujeito portador de “uma identidade pessoal lastreada por uma biografia formada nos valores concretos de uma eticidade”. Isto, contudo, não afasta os fundamentos de uma relação produzida sob o enfoque intersubjetivo. Em outras palavras, o sujeito inserido em uma comunidade jurídica pode agir “de acordo com racionalidade com respeito a fins, tendo

⁷³ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 44-45.

⁷⁴ No dizer de Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira: “(...) o princípio da democracia deve orientar a produção do próprio médium do Direito, isto é, deve não apenas institucionalizar uma formação política racional, mas também proporcionar o médium jurídico legítimo no qual esta vontade pode se expressar como vontade comum, intersubjetiva, de membros de Direito livremente associados”. E ainda, “(...) pode-se compreender que para Habermas – diferentemente de Kant, para quem há uma relação de subordinação do Direito à moral – há entre o Direito e a moral uma relação complementar e é com base nesta relação que ele tenta aclarar as determinações formais do Direito”. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *op. cit.*, p. 43.

⁷⁵ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶ MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *op. cit.*, p. 45.

uma imputabilidade reduzida à sua disposição de arbítrio e não propriamente à disposição volitiva⁷⁷. Esta constatação reforça, mais uma vez, a relação de complementariedade entre direito e moral que, no entender de Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, é necessária para subsistência de ambos em sociedade. Os autores apontam, assim, três planos em que este elo faz-se presente.

Sob um primeiro aspecto, a moral revela-se enquanto procedimento para ponderação – parcial – de situações conflitantes e para justificação de normas universalizáveis. Todavia, por se tratarem de normas de caráter abstrato, encontram dificuldade de aplicação, ao sobrecarregar a capacidade dos sujeitos. Desta forma, o direito absorve dita indeterminação pela “facticidade da normatização” jurídica. Isto é feito pela decisão do legislador e atuação dos tribunais: o primeiro elege as normas que devem ser regulamentadas pelo direito; os segundos “resolvem de forma razoável e definitiva para todas as partes a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém, carentes de interpretação”⁷⁸. Com efeito, é retirado do indivíduo o “peso cognitivo da formação do juízo moral próprio” (moral) por meio do processo legislativo, da decisão judicial, isto é, da concretização das regras jurídicas (direito).

No segundo plano, verifica-se que a moral abarrotta os indivíduos com expectativas relacionadas à vontade e não apenas com questões inerentes à decisão diante de conflitos de ação. Diante desta circunstância, os sujeitos, ao mesmo tempo em que buscam uma solução consensual, devem atentar-se às expectativas que lhe são exigidas, a fim de agirem de acordo com instituições morais, ainda que contra seus interesses individuais. Também neste cenário, o direito absorve a incerteza motivacional do agir, ao impor normas de conformação da ação. O que se observa, portanto, é que o direito, sob o aspecto coercitivo, abrange as expectativas normativas por meio da sanção. Aos destinatários da norma cabe, apenas, a ponderação acerca das consequências que sua ação pode desencadear⁷⁹.

Quando ao terceiro ponto, vislumbra-se a tensão entre o caráter universalista da razão e a imputabilidade de obrigações, sobretudo relacionadas a deveres positivos. Segundo afirmam os autores, na medida em que a consciência moral se orienta por pressupostos “universalistas”, as diferenças entre diretrizes morais e coerções “organizatórias” se tornam mais evidentes. Isto, todavia, não acontece com o direito. No caso deste último, observa-se que as próprias normas prestam-se à orientação da produção de outras normas, ligadas à orientação de comportamento, o que advém do caráter autoreflexivo inerente ao direito. Desta

⁷⁷ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *op. cit.*, p. 45.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, *loc.cit.*

maneira, possibilita-se a determinação de competências e organizações, bem como a formação de um sistema de imputabilidade dirigido à pessoas físicas e jurídicas⁸⁰.

Com efeito, dita averiguação coaduna-se com o que foi exposto até então, no sentido de que, na sociedade pós-convencional (complexa), o *ethos* de uma determinada forma de vida não se presta à integração anteriormente existente em sociedades tradicionais. Nestas, a moral poderia obter eficácia somente por meio de processos de socialização e da consciência dos indivíduos, o que implicaria sua redução a um campo de atuação limitado. É justamente em razão desta diferença – advinda da passagem da sociedade tradicional à moderna – que a moral tem o condão de irradiar-se sobre todos os domínios da vida social, o que é feito por meio de um sistema de direitos. Isto não implica, porém, em uma relação de submissão de um ao outro, mas, como já aventado, em uma complementariedade entre estes.

A ideia é reforçada por Jürgen Habermas, ao defender que a legalidade não deve ser reduzida à moralidade. A relação de complementariedade existente entre estes elementos deve, assim, revelar-se em um dos papéis do direito, visto como um meio necessário para a manutenção de ordens sociais, “diante da decomposição da eticidade e dos déficits normativos decorrentes dentre processo”⁸¹, ainda mais evidentes na modernidade.

Além disto, cumpre observar que outros fatores inerentes à sociedade pós-convencional implicam no afastamento da moral dos valores tradicionais, informantes da eticidade convencional. Com a sociedade moderna, a moral respalda-se em argumentos racionais e caminha para autossuficiência, mediante a abordagem de questões inerentes à justiça, sob o enfoque da imparcialidade e da universalidade procedimental.

Contudo, como visto, a dissociação da moral de elementos valorativos, faz com que esta dependa de processos de socialização para o desenvolvimento de planos de consciência compatíveis com o plano de agir e julgar em uma perspectiva universal. Segundo esclarece Clodomiro José Bannwart Junior, este processo corresponde ao fenômeno ontofilogenético, que pretende sincronizar a relação indivíduo e sociedade no mesmo plano⁸².

Caso alcançada, a universalidade do princípio moral viabiliza o procedimento imparcial para avaliação das circunstâncias existentes em sociedade. Com efeito, no plano principiológico-jurídico, não são definidos deveres, mas alcançados determinados parâmetros normativos, a exemplo da igualdade, solidariedade, justiça distributiva e respeito⁸³. O desafio

⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 46.

⁸¹ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 45-46.

⁸² Idem, *ibidem*, p. 46.

⁸³ Idem, *ibidem*, p. 47.

que se insere no campo da moral, todavia, consiste no fato de que determinado indivíduo pode obter a solução consensual para um conflito de ação. Contudo, em tais hipóteses, não terá sempre a garantia de que “a força motivacional de sua vontade cumpre o que fora acordado racionalmente”⁸⁴. Daí porque, também diante desta constatação, o direito permite com que os sujeitos orientem suas ações apenas sob a perspectiva de suas consequências, já que as expectativas de comportamento estão abarcadas pelas sanções previstas juridicamente.

Ainda neste aspecto, é possível observar que as exigências de uma moral universalista “contrastam com as condições efetivas de realização da ação moral no plano alargado e também universal das sociedades complexas na modernidade”⁸⁵. A exemplo disto, tem-se a tentativa de promoção de ações de caridade, que dependem de apoio institucional para viabilização do objetivo em questão. Por conseguinte, “o direito mais uma vez tem seu papel nesse sentido, visto que pode contribuir para normatizar o funcionamento de tais organizações materializadas em corporações e institutos”⁸⁶.

Uma vez delineado o novo contorno que o direito detém nas sociedades pós-convencionais, o que é identificável sobretudo pela relação que este possui com a moral, importa demarcar como pode ser utilizado para integrar as diferentes ações sociais presentes no mundo da vida e no sistema. E, para este intento, destaca-se que a transformação do poder comunicativo em poder administrativo – leia-se, institucional – exige uma instância com características próprias, tais quais aquelas inerentes ao direito.

Com isto, quer-se dizer que o elemento capaz de viabilizar a integração ora examinada não pode traduzir-se em uma instância exclusivamente sistêmica. Caso isto fosse admitido, a lógica instrumental obstaculizaria o recebimento de qualquer conteúdo comunicativo. E, simultaneamente, não se pode olvidar que esta instância deve estar atrelada, de algum modo, ao sistema. Em outras palavras, deve ser capaz de “traduzir os influxos comunicativos em termos sistêmicos, ou seja, nos termos do dinheiro (mercado) e do poder administrativo (Estado)”. Está-se diante, portanto, de um elemento que, embora inserto no sistema, não se deixe dominar por ele⁸⁷.

Para esta tarefa, mais precisamente, intermediar os componentes próprios do sistema e do mundo da vida, Jürgen Habermas elege o direito. E assim porque o direito seria capaz de articular as funções de cada um destes domínios sociais, considerando que desempenha funções sistêmicas e, ao mesmo tempo, insere na esfera administrativa conteúdos de cunho

⁸⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 48.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁸⁷ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *op. cit.*, p. 25.

comunicativo. E é justamente por este motivo que o direito tem o condão de transformar poder comunicativo em poder administrativo. A este respeito, Marcos Nobre e Ricardo Terra explicam:

Dinheiro e poder são surdos à linguagem cotidiana e dispõem de códigos altamente especializados e funcionais. Para que seja possível dirigi-los em um sentido determinado, é preciso que o direito traduza as pretensões comunicativas cotidianas nos termos especializados de cada um desses *media* sistêmicos⁸⁸.

Acerca das funções desempenhadas pelo direito os autores ressaltam ainda que:

[...] De um lado, ele é a voz da administração e do sistema, em que norma e sanção são inseparáveis uma da outra, ou seja, em que o direito aparece como coerção, ainda que coerção legítima. De outro lado, direito é expressão, simultaneamente, de um processo de formação coletiva da opinião e da vontade, sem o qual seria apenas um estabilizador de expectativas de comportamento e não a expressão da autocompreensão e da autodeterminação de uma comunidade pessoas de direito que ele também é⁸⁹.

Sucedem que, em decorrência do duplo papel desempenhado pelo direito, entende-se que este pode ser utilizado de forma distorcida/unilateral e, assim, prestar-se à colonização do mundo da vida pelo sistema. No entanto, pode, também, ser tomado por impulsos reacionários quanto ao movimento de colonização e, desta forma, orientar os processos sistêmicos em sentido contrário.

Não é demais frisar que isto apenas ocorre porque a função de mediação assumida pelo direito é proporcionada pelos diversos elementos que informam as sociedades modernas: (i) valores, normas e processos de entendimento; e (ii) mercados e poder administrativo. Assim, diante daquilo que foi exposto até então, pode-se concluir que o direito serve, a um só tempo, como mecanismo de coordenação das ações que se institucionalizam juridicamente, mediante a integração social por meio do entendimento (plano comunicativo) e, também, do poder (plano sistêmico).

1.3.2 Da Tensão entre Facticidade e Validade

O fato de o direito carregar em si a possibilidade de transitar entre, ou, mesmo, integrar os dois domínios sociais verificados na sociedade faz com que esteja permeado por uma tensão estrutural decorrente das lógicas correspondentes às esferas apontadas, isto é, instrumental e comunicativa. Atrelado a isto, verifica-se que, ao perder sua garantia

⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 26-27.

⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 27.

metassocial – antes presente nas sociedades tradicionais – o direito enfrenta, simultaneamente, a fragilidade das normas, bem como a transcendência de sua legitimação. Elementos estes, na maioria das vezes, antagônicos. Daí porque, como já observado anteriormente, também sob este fundamento – isto é, da impossibilidade de que o direito possa fundamentar sua existência concreta somente com base em questões transcendentais – é que, nas sociedades modernas, o direito não mais subordina-se à moral, mas com ela coexiste.

Neste ponto, no entanto, cumpre avançar nas considerações acerca da tensão assinalada para esclarecer que, de acordo com Jürgen Habermas, esta revela-se de forma ainda mais evidente sob o aspecto da facticidade e validade, a qual se estende sobre os diversos domínios sociais, inclusive da linguagem e do direito. E, a respeito desta tensão, nota-se que esta ocorre em duas dimensões, caso examinadas as características específicas do direito, a saber, interna e externa.

A primeira é verificável no interior do sistema jurídico (jurisdição), ou seja, na forma por meio da qual os ordenamentos jurídicos apresentam-se, sob a perspectiva da compreensão que possuem de si mesmos. A segunda, por sua vez, insere-se em uma relação ampla, entre o direito e a sociedade. Neste último caso, a análise se dá pelo confronto entre as pretensões de autocompreensão do direito com os contextos sociais. Em outras palavras, tende-se ao exame sucessivo dos temas “da política deliberativa, da esfera pública e dos modelos sociais em que se encaixam os paradigmas jurídicos vigentes”⁹⁰.

Com efeito, a compreensão da sociedade, por meio do direito, não é possível apenas com base no exame da positividade deste último⁹¹. Ou seja, o direito não pode ser lido apenas sob suas prescrições normativas, sobretudo porque estas podem ter sido formuladas sob o crivo de uma parcialidade. Os elementos jurídicos devem, assim, ser compreendidos tanto como instrumento de estabilização de expectativas de comportamento, como a partir da autocompreensão de uma comunidade de pessoas. Como consequência, importa que o direito

⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁹¹ Acerca destas considerações, Clodomiro José Bannwart Júnior esclarece que: “(...)o direito moderno fica, em linhas gerais, contido em dois aspectos essenciais: sua positividade e, ao mesmo tempo, sua pretensão de aceitabilidade racional. A positividade não significa outra coisa senão a criação de uma artificialidade normativa consentida para dar conta de um fragmento da realidade social”. E ainda, “(...) o positivismo jurídico não pode colher seu fundamento de forma exclusiva na contingência de decisões arbitrárias e/ou influência externa derivada das esferas sistêmica e funcional da sociedade; é preciso, pois, extrair sua força, sobretudo para operacionalizar a integração social, de fundamentos legítimos, sustentados pela autonomia política dos cidadãos que, por intermédio de pretensões de validade racionalmente aceitáveis, permitam ver assegurada a aceitabilidade das normas”. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org). *Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui: Boreal, 2015. *op. cit.*

positivo seja “racionalmente aceito em sua criação e aplicação (ou seja, como direito legítimo) e não apenas em nome de sua mera facticidade”⁹².

Em outras palavras, afirmar que a compreensão do direito não deve dar-se apenas sob o aspecto positivo, enseja concluir que sua análise inclui, de igual modo, as potencialidades normativas inerentes aos processos de autocompreensão dos indivíduos inseridos em determinada comunidade. A partir disto, nota-se que a tensão entre facticidade e validade, embora estrutural, também pode ser estruturante do direito nas sociedades pós-convencionais, já que “a completa positivação dos potenciais presentes nas disputas por legitimação é, nesse contexto, uma situação limite”⁹³.

Disto, extrai-se que a tensão aventada (entre facticidade e validade) advém da bifurcação havida entre positividade e sua respectiva legitimidade. Em um paralelo às transformações decorrentes da passagem da sociedade tradicional à pós-convencional, observa-se que esta tensão se dá, ainda, porque o processo de racionalização do mundo da vida obsta que a legitimidade normativa das ordens sociais baseie-se em perspectivas inerentes à tradição ou valores limitados à eticidade.

A bem ver, dito processo de racionalização implica, também, na descentralização dos componentes do mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade), o que demonstra, mais uma vez, a insuficiência das justificativas fornecidas pelo direito natural. De maneira mais específica, observa-se que a cultura passa a ser questionada e não se presta, portanto, como “padrão de interpretação substancial de uma eticidade”⁹⁴. O mesmo se aplica no plano da personalidade, no qual o indivíduo passa formar, de maneira autônoma, um juízo pós-convencional.

Esta mesma tensão faz com que uma outra forma de polarização se forme. Tem-se, de um lado, a consciência da contingência e, de outro, a autorreflexão quanto à própria existência. A partir deste processo de reflexão, também acerca dos componentes tradicionais, dinamizam-se os projetos de vidas individuais e, paralelamente, o pluralismo de projetos coletivos. Por esta razão, passa-se a justificar a imposição de orientações normativas baseadas em princípios universais, “quesito fundamental de uma moral pós-convencional que, em condições pós-metafísicas, só pode ser satisfeita através de discursos morais, indispensáveis para o regramento imparcial de conflito de ações”⁹⁵.

⁹² NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *op. cit.*, p. 30.

⁹³ Idem, *ibidem*, p. 33.

⁹⁴ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. *op. cit.*, p. 28.

⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 28-29.

Ainda neste contexto, verifica-se que a moral pós-convencional é responsável por questionar a fundamentação e, também, legitimidade da ordem tradicional, o que implica em uma revisão das instituições que informam esta última. Por conseguinte, tanto a ordem tradicional como os elementos dela decorrentes passam a enfrentar um processo de problematização, sob a avaliação, agora, de princípios morais.

E é, justamente, neste cenário que o direito insere-se como sistema de ação, eis que ocupa o lugar das antigas instituições – as quais perdem sua legitimidade, portanto – e, além disto serve de suporte “nos complexos institucionais derivados da modernização social”⁹⁶. Daí a importância da relação entre moral e direito na tensão apontada: a relação de complementação existente entre eles é quesito indispensável para o modelo de sociedade pós-convencional. Isto, considerando que “a moral amplia sua projeção quando complementada pelo direito, ao passo que este, amparado na moral, obtém base de fundamentação e legitimidade”⁹⁷.

Diante disto, uma vez delimitados os contornos da sociedade atual, bem como a necessidade de releitura dos pressupostos tradicionais que anteriormente a informavam, faz-se possível perquirir qual o papel desempenhado pelas empresas, mormente no que diz respeito ao setor de saúde. E isto porque o ambiente corporativo talvez seja o que melhor ilustre a análise feita até então, no sentido de que a racionalidade das ações polarizam-se sob duas perspectivas: comunicativa e instrumental. Mas não é só: assim como os demais domínios da vida social, também reclamam a retomada de pressupostos valorativos, sobretudo porque a busca irrefletida do lucro em instituições ligadas ao serviço de saúde pode culminar em danos exponenciais, em detrimento da vida e da saúde.

2 ATIVIDADE EMPRESARIAL E SOCIEDADE

Como visto até então, as nuances do convívio social passaram por transformações consideráveis, advindas da maneira pela qual os indivíduos relacionam-se uns com os outros e com o ambiente que lhes circunscreve. Parte significativa destas mudanças pode ser extraída dos dois diferentes tipos de ação social que informam a atividade humana, a saber, a ação instrumental e comunicativa. A primeira, contudo, exerce influxos sobre a segunda, de forma mais evidente do que o contrário. A principal consequência disto é que várias das esferas

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 48.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

sociais passam a se desenvolver sob uma perspectiva sistêmica, em detrimento de matizes comunicativas e orientações morais.

Embora esta circunstância seja perceptível na sociedade como um todo, nota-se que a atividade empresarial revela, com ainda mais notoriedade, a forma sistêmica e instrumental das condutas humanas. A justificativa disto encontra-se, essencialmente, no fato de que as companhias estão inseridas em uma economia de mercado. Deste modo, para permanecerem competitivas, devem orientar suas ações em função do lucro, sem o qual não subsistem.

No entanto, a experiência tem demonstrado que o lucro, por si só, pode gerar desvios de diversas ordens, a exemplo dos danos ao meio ambiente e condições laborais questionáveis. Trata-se de um reflexo daquilo já apresentado: o domínio sistêmico sobre os elementos do mundo da vida. Contudo, a maneira irrefletida de determinadas companhias organizarem-se podem culminar em consequências ainda mais graves à sociedade, porque atreladas a questões de cunho existenciais do ser humano. Neste contexto, inserem-se as empresas voltadas ao setor de saúde.

Diante disto, questionar-se a possibilidade de conciliar os interesses do mercado, orientados sob o ponto de vista sistêmico (instrumental), com as medidas necessárias à salvaguarda da vida e da saúde em um mesmo ambiente – empresarial –, com lastro em critérios valorativos, revela-se tarefa indispensável. Antes disto, porém, importa compreender como estruturam-se as empresas na atualidade, principalmente aquelas voltadas ao setor de saúde. Isto, com a finalidade de salientar as peculiaridades que lhe são própria e os possíveis obstáculos ao equilíbrio entre os planos apontados.

2.1 EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Até então, evidenciou-se que a organização da vida em sociedade não permaneceu estanque. Antes, enfrentou movimentos de diversas ordens, que implicaram novas interpretações acerca das razões influenciadoras das ações individuais e seus reflexos na esfera social. A empresa não foge a este contexto. Conquanto tenha surgido para satisfazer as necessidades essenciais do sujeito, nota-se que também foi reconfigurada. As companhias fornecem, agora, não apenas bens essenciais à subsistência humana, como também produtos e serviços que aprimoram e fornecem melhor qualidade de vida aos indivíduos.

Todavia, as repercussões do alcance de grande parte dos domínios da vida humana pela atividade empresarial não pode passar despercebidos. Antes, devem ser refletidos, a fim de que dito avanço não redunde em prejuízo àquilo que a empresa, a princípio, foi criada para

satisfazer: os anseios da própria sociedade. Esta tarefa, no entanto, deve ser feita não com o fim de eliminar ou infamar a atividade empresarial, mas de aprimorá-la àquilo que, de fato, é primordial à preservação da sociedade. Para tanto, compreender a estrutura e importância das companhias, bem como as defluências das relações socioeconômicas revela-se fundamental.

2.1.1 Reestruturação das Relações Socioeconômicas e a Importância da Empresa

A preocupação com a obtenção de recursos suficientes para satisfação das necessidades individuais encontra-se presente na história da humanidade desde os tempos mais remotos. A busca pela facilidade desta tarefa, no entanto, fez com que os sujeitos reorganizassem-se, sofisticando a maneira de produzir, acumular e consumir recursos. Para este intento, a distribuição de funções dentro da sociedade revelou-se imprescindível, o que, mais tarde, veio a consolidar-se sob a forma empresarial.

Em razão disto, é possível afirmar que a história da humanidade traduz-se, substancialmente, na história do próprio desenvolvimento econômico. A partir de esforços individuais voltados à percepção de riquezas e obtenção de benefícios pessoais, a sociedade passou a ser desenvolvida como um todo, sobretudo nos espaços reservados ao comércio e ao mercado. Neste contexto, a livre iniciativa – a despeito de (ou em razão de) ser movida pela ambição – engendrou elementos essenciais à produção de resultados antes não experimentados, dentre os quais os de natureza físico-matemática, como a navegação, formas de irrigação, siderurgia, dentre diversos outros⁹⁸. Tratam-se de avanços diretamente ligados à empresa, do ponto de vista da organização dos meios e processos de produção.

Neste sentido, Gladston Mamede afirma que “o comércio e o mercado são fenômenos vitais”⁹⁹. Foram estes os elementos responsáveis por fazer com que os sujeitos superassem o isolamento de grupos, a partir de uma nova experiência pautada em intercâmbios de cunho universal. Circunstância esta facilitadora não apenas da circulação de recursos essenciais à subsistência, mas, também, fornecimento daqueles capazes de conferir bem-estar superior a sobrevivência trivial. Para o autor, a existência de um mercado globalizado, capaz de fornecer aos indivíduos diversas vantagens – em termos alimentares, medicinais, lúdicos e educativos

⁹⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.

⁹⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

– e, portanto, qualidade de vida material elevada, revela “uma prova eloquente da importância do comércio na história da humanidade”¹⁰⁰.

Mas não é só: essa dinâmica revela o interesse da coletividade na existência e no exercício de habilidades de individuais. É que diferentes funções podem ser atribuídas a diversos sujeitos, dentro da sociedade. Importante não olvidar, no entanto, que os direitos, de natureza privada ou individual, devem ser exercidos dentro de um limite imposto por sua razão de ser dentro da coletividade. Significa dizer, que há um conjunto de padrões mínimos a serem observados, os quais podem ser – quase sempre – atribuídos à função social, cuja observância se faz necessária na resolução de conflitos, sobretudo de natureza jurídica.

O equilíbrio, pois, entre interesses individuais e coletivos, deve ser buscado à luz da razoabilidade, mediante a proteção das garantias conferidas aos sujeitos, dentre as quais a propriedade privada e à livre iniciativa¹⁰¹. Não há que se falar, portanto, na supressão de tais elementos, já que são estes os responsáveis por estimular atividades que se voltam ao bem-estar da própria coletividade, a exemplo do fornecimento de bens e serviços cada vez mais sofisticados.

Para busca deste equilíbrio – isto é, fomento à livre iniciativa e interesse da coletividade – a compreensão do que vem a ser a economia e suas implicações nas relações entre os indivíduos revela-se importante. Diz-se isto porque, não raras vezes, as estruturas que informam a organização do mercado traduzem as relações socioeconômicas de determinada sociedade, já que são estas – em última instância – que determinam os bens e produtos cujo consumo é almejado.

Neste ponto, salienta-se que a economia, enquanto atividade humana, pode ser compreendida a partir de constatações advindas da experiência e do cotidiano que informam as relações sociais. Estas consistem no fato de que não é possível prever um limite para as necessidades humanas. Em outras palavras, estas “podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito”¹⁰². Podem, assim, ser compreendidas como ilimitadas. Este fato decorre da análise de que ter o necessário para a subsistência não é, hoje, o suficiente. A multiplicação infindável das necessidades é uma realidade, diante da busca por novos bens e serviços, a despeito daqueles já usufruídos alcançarem proporções antes não experimentadas. Trata-se de uma realidade, inclusive, que deu vulto ao termo hoje conhecido como sociedade de consumo.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 6.

¹⁰² NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23.

Isto não significa dizer, contudo, que o aumento desta tendência – por assim dizer, consumista – não tenha existido outrora. Diferente do que se possa pensar, os indivíduos buscaram novas necessidades ao longo da história ou, quando não, almejaram alcançar maneiras diferentes de satisfazer aquelas já existentes. A dissemelhança é que, agora, este desiderato é feito em um ritmo mais acelerado. Com efeito, em comunidades menores, isoladas do intercâmbio cultural, os costumes encontravam-se mais sólidos e enraizados, de modo que as inovações não se faziam sentir, de maneira significativa, durante as gerações. O processo de crescimento tecno-científico ocorrida de maneira lenta, muitas vezes quando do choque entre culturas, proporcionados, em grande parte, por razões bélicas.

O encontro entre diferentes comunidades significava, neste contexto, a descoberta de novas necessidades – ainda que não essenciais à subsistência –, bem como a diversificação dos meios para atendimento daquelas já existentes¹⁰³. Tratava-se de um ciclo contínuo: a cada novo encontro, assistia-se o desenvolvimento de inovações inéditas, variáveis quanto a seu ritmo e intensidade, a depender da frequência em que estes embates aconteciam.

Ditas influências, de cunho transformador, se fizeram sentir não apenas do ponto de vista material, mas se estenderam aos hábitos alimentares e à forma pela qual determinados povos utilizam suas vestimentas. Nota-se, até mesmo, que o aspecto espiritual de várias culturas recebeu influxos que modificaram a percepção religiosa que originalmente possuíam. Menciona-se, como exemplo, o caso dos romanos que importaram os deuses gregos, substituindo, tão somente, o nomes a eles atribuídos. Nesta hipótese, em particular, a ampliação das necessidades é evidente diante do choque entre importantes civilizações da antiguidade: os gregos, ligados à reflexão e à produção artística e, de outro lado, os romanos, com senso organizacional prático, voltado ao direito¹⁰⁴.

Este cenário indica que as necessidades – sejam elas individuais ou coletivas – tendem a crescer continuamente. Há, como visto, uma tendência natural para tanto. Esta, agora, apenas se coloca em movimento mais rápido e contínuo do que anteriormente. Isto não significa, porém, que referido processo tende a um estágio final. Pelo contrário: na hipótese de chegar a um fim, o término será marcado pela imposição de um novo fato, exterior, a exemplo do esgotamento de determinado recurso natural. Não se trata, todavia, de uma circunstância espontânea ou voluntária, mas de uma limitação de ordem física e natural¹⁰⁵.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 24.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 24-25.

As considerações feitas até então visaram demonstrar que as relações socioeconômicas são marcadas não apenas por aspectos mercadológicos ou financeiros. A bem ver, o espaço ocupado por elas é determinante no “desenvolvimento de novas relações, de estruturas sociais, de negócios predispostos para atender às novas exigências das pessoas”¹⁰⁶. Como exemplo do que se quer dizer, menciona-se o exame desta interseção pela análise econômica do direito, ramo que visa compreender como a estrutura jurídica de determinado Estado pode influenciar sua realidade econômica. Uma constatação prática disto pode ser extraída do fato de que a ausência de propriedade segura e contratos confiáveis na Europa ocidental paralisaram parte da economia daquele continente, motivo pelo qual os países da região passaram a adotar regimes jurídicos mais previsíveis e estáveis que os demais¹⁰⁷.

Esclarecidos estes pontos, isto é, de como a reestruturação das relações sociais influenciam a orientação econômica de determinada comunidade, cumpre analisar a cédula em que isto se faz sentir de maneira mais sensível: a empresa. As companhias podem ser entendidas como uma criação humana, proveniente da evolução instrumental e conceitual da sociedade¹⁰⁸. Constituem, em síntese, “um meio de organização e otimização de atuação, voltada para maximização dos resultados visados para o trabalho humano”¹⁰⁹. Possuem, em seu cerne, a noção de empreender (*imprehendere*), ou seja, a persecução de melhores condições para promoção da atividade comercial. Importante observar, ainda, que não demandam – necessariamente – pluralidade de esforços, já que podem ser constituídas por uma organização mínima, titularizada por pessoa física/natural.

A atividade empresarial esteia-se na livre iniciativa, fundamento da ordem econômica e da República Federativa do Brasil¹¹⁰. Trata-se de uma liberdade conformada com instrumentos de política legislativa, a exemplo da dignidade da pessoa humana. É preciso não olvidar, contudo, que os limites impostos à livre iniciativa devem ser interpretados e aplicados à luz dos dispositivos constitucionais de natureza econômica, que, embora privilegiem valores coletivos, também garantem a liberdade dos particulares¹¹¹. Isto porque descurar a livre

¹⁰⁶ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 11.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 33.

¹⁰⁸ MAMEDE, Gladston. *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹¹⁰ Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de jan. 2019.

¹¹¹ SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 16.

iniciativa implicaria a desqualificação de uma economia de mercado, hoje também respaldada na livre concorrência, questão que será melhor depurada posteriormente.

A atividade empresarial baseia-se, essencialmente, na liberdade individual, orientada pelo desenvolvimento de fatores competitivos do mercado. Apesar disto, nota-se que as corporações têm adotado – embora ainda de maneira ínfima – postura de associação entre as unidades produtivas, diferente do que ocorria tradicionalmente na constituição das companhias. As formas para facilitar o exercício de determinada atividade em regime de especialização e cooperação a longo prazo são, agora, outras¹¹². Significa dizer que, “não há necessidade de ter um único centro de imputação de atividade, que se exerce ao longo da cadeia produtiva”¹¹³.

Para Rachel Sztajn, esta realidade demonstra um comportamento advindo da combinação de valores sociais aos individuais. Significativo número de empresas organizam-se, agora, de acordo com a avaliação social das pessoas circunscritas à atividade desempenhada. Como consequência, “nem sempre as decisões individuais vão no sentido de maximizar o resultado econômico próprio” – leia-se o lucro – “mas visam, muitas vezes, a maximizar, ou a não diminuir, a estima que os membros da comunidade conferem, ou estendem àquele agente”¹¹⁴.

Sem embargo das diversas implicações desta constatação – que serão melhor depuradas no decorrer desta análise – o fato é que as discussões atreladas à atividade empresarial encontram-se diretamente relacionadas com o impacto das condutas individuais no âmbito coletivo. Ou, em outras palavras, nas implicações do agir, orientado sob o ponto de vista individual e sistêmico, nas esferas sociais. Mais uma vez, traz-se à lume a reflexão feita no início deste estudo acerca do domínio de ações sistêmicas e instrumentais, neutralizadas do ponto de vista moral.

No entender de Jürgen Habermas, o capitalismo, da forma como configurado atualmente, caracteriza-se como organizado ou regulado pelo Estado. Isto, por sua vez, refere-se a duas espécies de fenômeno, “ambas as quais podem ser atribuídas ao avançado estágio do processo de acumulação”¹¹⁵. De acordo com o filósofo, este modelo:

[...] Refere-se, por um lado, aos processos de concentração econômica – o surgimento de empresas nacionais e em seguida de multinacionais e a organização dos mercados para bens, capitais e trabalho. Por outro lado,

¹¹² Idem, *ibidem*, p. 14.

¹¹³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 15.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen Habermas. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. trad. Vamrich Chacon. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002. p. 47-48.

refere-se ao fato que o Estado intervém no mercado quando cresce um hiato funcional¹¹⁶.

Em adição a isto, Philip Kloter identifica que as estruturas informantes do sistema de produção capitalista podem ser compreendidas sob duas perspectivas. A primeira delas é identificada em sociedades individualistas, nas quais as pessoas “pensam pouco, ou simplesmente não pensam, no impacto de seu comportamento sobre os membros da sociedade”¹¹⁷. Nestes casos, a orientação do pensamento, voltado apenas ao indivíduo, pode fazer com que as questões ligadas aos impasses sociais sejam desconsiderados – no que se inserem a poluição e pobreza – circunstâncias que, no entanto, afetam a todos, ainda que de maneira indireta. Além disto, para o autor, “os valores individualistas podem levar muitas pessoas na sociedade a experimentar anomia ou alienação”¹¹⁸.

Como reação a este movimento – hiperindividualismo – desponta-se o interesse pelo comunitarismo, a segunda das percepções apontadas por Philip Kloter. Para aqueles que defendem o comunitarismo, o fato de as pessoas encontrarem-se mais bem integradas em comunidade faz com que estas raciocinem e ajam de maneira responsável em comparação com sujeitos isolados. Em casos tais, não haveria prevalência nem dos direitos individuais ou do bem comum um sobre o outro. Esta concepção conduziria, na verdade, a um equilíbrio entre liberdade (direitos individuais) e ordem social (responsabilidade social)¹¹⁹.

Segundo o autor, os comunitaristas afastam-se do individualismo liberal extremo e, também, do coletivismo autoritário. Defendem que, dentre as principais funções da comunidade, está a preservação de um consenso moral, “com relação ao que é certo e bom para as pessoas e para o coletivo”¹²⁰. A ideia, no entanto, não é voltar à estrutura que informava as comunidades tradicionais, sobretudo em razão das falhas ali perceptíveis – estrutura de poder autoritário e estratificação, por exemplo. Antes, busca-se a formação de mecanismos que facilitem a comunicação e o diálogo, ambos baseados “em valores verdadeiramente compartilhados”¹²¹.

A despeito dos ideais defendidos pelos comunitaristas, Philip Kloter salienta que há uma objeção a ser destacada: a forte pressão social para a concordância pode inibir o eu, visto do ponto de vista individual. Em síntese, os comunitaristas defendem um conjunto de direitos

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹¹⁷ KLOTER, Philip. *Capitalismo em confronto: soluções reais para os problemas de um sistema econômico*. Rio de Janeiro: Best Business, 2015. p. 189.

¹¹⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 191-192.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹²¹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

mais claros e compartilhados – como o sistema de saúde universal, educação gratuita e um ambiente seguro – enquanto os individualistas propagam uma estrutura de regras neutras, na qual haja multiplicidade de valores morais¹²².

No ordenamento jurídico brasileiro, o equilíbrio entre os dois pontos de vista colocados – comunitarismo e individualismo – parece ter sido adotado pela Constituição Federal, mediante a consolidação de uma tendência jurídica contemporânea. Trata-se da indicação do interesse público como parâmetro de baliza apto a definir os limites das faculdades individuais¹²³ e, por isto, da própria atividade empresarial. Em outras palavras, veda-se o abuso do direito e cria-se obstáculos ao arbítrio individual, a fim de que as ações não voltem-se contra a razão de ser de quaisquer ação com reflexos jurídicos. Conforme esclarece Gladston Mamede, “a função social é elemento inerente a cada faculdade jurídica e, portanto, sua adequada compreensão exige considerar seus fins econômico e social”¹²⁴.

Esta circunstância reafirma um dos postulados sobre os quais se assenta o direito constitucional contemporâneo, no sentido de que a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais – inclusive a liberdade e a propriedade – é indissociável¹²⁵. Disto, decorrem duas consequências: i) enquanto valor fundamental, a dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões; e ii) a eficácia dos direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares nas relações entre si¹²⁶.

Apesar disto, Ingo Wolfgang Sarlet chama atenção para o fato de que o conteúdo da noção da dignidade da pessoa humana, na qualidade de conceito jurídico-normativo, demanda constante concretização e delimitação da prática constitucional¹²⁷. Ainda, salienta:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com

¹²² Idem, *ibidem*, p. 191.

¹²³ MAMEDE, Gladston. *op. cit.*, p. 46.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29-30.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 102.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade humana¹²⁸.

Para a finalidade específica deste estudo, dita constatação revela-se importante à medida em que a atividade empresarial é desempenhada dentro do espaço reservado ao indivíduo para exercício da autonomia privada e liberdade. Mas não apenas isto. As companhias, enquanto expoentes do mercado e da economia, encontram-se inseridas em um contexto de cunho, também, social, no qual prevalece o interesse da coletividade. Significa dizer que esta margem de liberdade não é absoluta, de modo que a busca do lucro em si mesmo pode esvaziar a tutela conferida, pelo mesmo ordenamento jurídico, à dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a atividade empresarial, conquanto inserida em uma economia de mercado, marcada pela concorrência e pelos altos índices de inovação e tecnologia, não deve descuidar do ser humano, em sua essência. Aqui, também, repisa-se a ideia de que a atuação sistêmica, pautada apenas em pressupostos instrumentais, revela-se capaz de alcançar determinados fins, mas não de maneira duradoura e sustentável. Há que se conciliar, pois, os interesses da empresa – e, por assim dizer, individuais – com os sujeitos que não fazem parte dela, diretamente (leia-se: a coletividade).

Como exemplo do que se quer dizer, mencionam-se as empresas voltadas ao setor de saúde, principal objeto deste estudo. Sob o ponto de vista estritamente lucrativo – e meramente instrumental – a conduta médica de indicar cirurgias desnecessárias, porém com custo elevado, pode justificar-se. O mesmo se diga quanto o privilégio conferido a determinados pacientes, em detrimento de outros, em razão de possível suborno. Ou, ainda, a realização de transfusão de sangue em indivíduos com restrições religiosas, sem que se pondere acerca das consequências ético-jurídicas do ato. São ações insustentáveis que, do ponto de vista social, não se admitem.

Diante deste cenário, isto é, em que a estreita relação entre a sociedade e economia determina a estrutura e os desafios enfrentados pelas empresas na atualidade, importa destacar como estas podem alinhar-se ao equilíbrio almejado – entre os interesses coletivos e individuais – sem desqualificar-se em uma economia de mercado. Assim, uma vez pontuada a importância da empresa e como esta relaciona-se com a sociedade, importa delinear, agora, as principais características, qualidades e adversidades impostas pelo sistema de produção capitalista.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 71.

2.1.2 Perspectivas do Desenvolvimento: as Nuances do Mercado

A princípio, é preciso considerar que a estrutura de mercado, como hoje conhecida, acompanhou a própria evolução da sociedade, embora de maneira independente à consciência dos indivíduos. O mercado, enquanto sistema funcional autônomo, consubstancia-se em um cenário consideravelmente competitivo, no qual os esforços para angariar melhor posição do mercado passaram a gerar – em número elevado de companhias – determinadas distorções, dando lugar a práticas desprotegidas pelo direito e desaprovadas pelas diretrizes morais da sociedade.

A exemplo disto, menciona-se o caso da Odebrecht, empresa voltada ao setor de engenharia e estrutura, envolvida em esquemas de corrupção, com relação aos quais confessou ter realizado o pagamento de mais de US\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de dólares) em propina a doze países, incluindo o Brasil¹²⁹. Esta, no entanto, não é uma realidade apenas brasileira. Segundo uma auditoria realizada na Siemens, companhia ligada ao setor de tecnologia, apurou que a empresa realizou transferências ilegais entre os anos de 2000 e 2006 que superaram € 1.000.000.000,00 (um bilhão de euros). A prática delituosa envolveu países como Estados Unidos e Noruega e consistiu, essencialmente, na infração de normas antitrustes, realização de fraudes e lesão às diretrizes estabelecidas pelas concorrentes¹³⁰.

Estas circunstâncias retratam que as empresas, sobretudo em razão da influência liberal-capitalista, foram afastadas do debate social. Indica, também, que encontram-se isentas de colaborar com os desafios enfrentados pela sociedade, contribuindo, por vezes, por agravá-lo. Neste contexto, Clodomiro José Bannwart Junior e Michele Christiane de Souza Bannwart destacam que as companhias orientam suas atividades voltadas “ao estrito cumprimento de regras e metas derivadas do plano econômico, na medida em que assumem a operacionalização do *ethos* da calculabilidade”¹³¹. Em um primeiro momento compreende-se, portanto, que as empresas relacionam-se muito mais a organizações econômicas, desaproximando-se da qualidade de instituições sociais.

¹²⁹ EM. *Escândalo de corrupção da Odebrecht vira tema de debate no Congresso americano*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/03/27/interna_politica,1041558/escandalo-de-corrupcao-da-odebrecht-vira-tema-de-debate-no-congresso-a.shtml>. Acesso em 17 de mai. 2019.

¹³⁰ DW. *Escândalo da corrupção na Siemens atinge 1,3 milhões de euros*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/esc%C3%A2ndalo-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-na-siemens-atinge-13-bilh%C3%A3o-de-euros/a-2881659-0>>. Acesso em 20 de mai. 2019.

¹³¹ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; BANNWART, Michele Christiane de Souza. Aspectos normativos da responsabilidade social na cultura empresarial. In: BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinícius Chein; KEMPFER, Marlene (Orgs). *Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade*. Juiz de Fora: UFJF, 2013. p. 110.

Para José Eduardo Faria, por sua vez, a contemporaneidade é marcada, no plano econômico, pela competitividade, produtividade e integração. No plano social, contudo, caracteriza-se pela fragmentação, exclusão de marginalidade¹³². Segundo o autor, a partir da década de 1980, a transnacionalização dos mercados de produção e consumo geraram tensões i) no cenário jurídico, refletidas na elaboração de modelos sociais e reflexivos; e ii) no plano empírico “pela contraposição do ‘direito de produção’ e do ‘direito sistêmico’ ao direito positivo dos Estado-nação”¹³³. Para melhor ilustrar os embates informantes da atualidade, esclarece:

De um lado, a diferenciação funcional da sociedade em subsistemas auto-organizados e auto-regulados, que se coordenam horizontalmente entre si por meio de diferentes redes de interação e conexão, rompendo as estruturas hierárquicas do Estado moderno, levando a transformações institucionais profundas (como a despolitização e a autonomia dos sistemas produtivo e financeiro) e provocando o esvaziamento dos controles democráticos sobre o jogo da acumulação (cujas consequências são bastante complexas em face de suas múltiplas dimensões não estritamente econômicas). De outro, um crescente desemprego estrutural acompanhado da degradação das condições de vida daqueles que foram expulsos do mercado formal de trabalho, frente aos quais as novas instâncias de poder têm revelado discutível interesse ou escassa capacidade de respostas¹³⁴.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, os processos econômicos, sociais e políticos da contemporaneidade podem ser compreendidos a partir da globalização neoliberal, a qual compreende um novo regime de acumulação de capital. Em seu dizer, trata-se de um fenômeno que visa “dessocializar o capital, libertando-o dos vínculos sociais e políticos”, de modo que a sociedade passe a ser organizada sob a forma de mercado.

Para o autor, a consequência deste fato é a distribuição desigual de custos e oportunidades produzidas em âmbito mundial, situação que explicaria as dissemelhanças econômico-financeiras entre os países. Contudo, ressalta que dito fenômeno, embora dotado de notas hegemônicas, convive com alianças transfronteiriças, que visam combater a exclusão social, a precarização do trabalho e a destruição do meio ambiente¹³⁵.

Outra constatação, agora feita por Thomas Piketty, indica que os conflitos informantes da atualidade, principalmente do ponto de vista político, estão centrados na questão da desigualdade na redistribuição de riquezas. Estes embates, a seu turno, encontram-se

¹³² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 281.

¹³³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução geral à coleção: os pressupostos e os desafios. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 30.

permeados por posições antagônicas: i) a liberal-direita, de acordo com a qual apenas as forças do mercado, da livre iniciativa e o aumento da produtividade possibilitariam o aumento da renda e melhora qualidade de vida dos menos favorecidos; e ii) a socialista-esquerda, partidária das lutas sociais e políticas, da redistribuição de riquezas no processo de produção, como forma de atenuar condições de escassez de recursos¹³⁶.

De qualquer maneira, o autor ressalta que as diferenças entre as formas de implementar ações públicas de redistribuição decorre de análises diversas quanto aos mecanismos econômicos e sociais que produzem a desigualdade. Isto não quer dizer, no entanto, que os posicionamentos assinalados discordem quanto ao princípio da justiça social, sobre o qual parece haver um consenso¹³⁷.

Outro ponto importante a ser destacado, também sob a ótica da economia de mercado que marca a atualidade, diz respeito aos avanços tecnológicos. De acordo com José Eduardo Faria, as formas inéditas de comunicação e transmissão culturais fazem com que a proximidade física entre os indivíduos seja substituída por redes interativas no tempo e no espaço. A princípio, esta realidade poderia proporcionar um novo senso de comunidade (*gemeinschaft*). No entanto, o que se observa – bem ao contrário – é que estes novos tipos de interação social têm sido segmentados e despersonalizados¹³⁸.

Segundo o autor, as esferas públicas responsáveis por constituir a cidadania são substituídas por formas sofisticadas de vinculação eletrônica. A comunicação informatizada sobrepõe-se à proximidade física, de modo que os universos simbólicos passam a se desterritorializar. Como consequência, surgem novas e significativas formas de introspecção e isolamento sociais. Dito isolamento, a seu turno, conduz à fragmentação de identidades coletivas, diante do “empobrecimento qualitativo dos mecanismos de participação e representação políticos”¹³⁹.

Em adição, o estudioso aponta que a comunicação global em tempo real tende a desestimular a reflexão, pelo esvaziamento de iniciativa de líderes políticos e de autoridades governamentais, já naturalmente lentas. Outra consequência apontada consiste no enfraquecimento da capacidade organizativa dos partidos, os quais encontrariam maiores dificuldades na articulação de interesses e expressão das diferentes posições sociais. E, ainda, a tomada precipitada de decisões, em detrimento da avaliação de seus possíveis desfechos¹⁴⁰.

¹³⁶ PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 10.

¹³⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁸ FARIA, José Eduardo. *op. cit.* p. 29-30.

¹³⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 30.

Outro, no entanto, é o ponto de vista de Ladislau Dowbor. O economista, em uma postura mais entusiasta, defende que as tecnologias responsáveis por favorecer a globalização podem, ao mesmo tempo, facilitar dimensões participativas, por uma conectividade democrática¹⁴¹. Trata-se da democratização da economia, vista como maneira de construir uma vida mais humana, inclusive no âmbito do sistema de produção capitalista¹⁴². Consoante entendimento do autor, a humanidade dispõe, hoje, de todos os meios – econômicos e técnicos – necessários para assegurar vida digna a todos. Esta é uma benesse e, ao mesmo tempo, o desafio imposto pela realidade. Assegura, também, que este desafio pode ser superado apenas diante da participação ativa das forças controladoras de economia, essencialmente das grandes corporações (leia-se empresas)¹⁴³.

Ainda a respeito do impacto da forma em que a sociedade organiza-se hodiernamente, em termos produtivos, Cláudio Souto ressalta que a equiparação entre desenvolvimento econômico e social – mediante a superação do subdesenvolvimento ético e de um cenário marcado pela insegurança – pressupõe “uma ressocialização (reeducação) dos seres humanos dentro da ideia de uma semelhança essencial de todos os homens”¹⁴⁴.

Neste contexto, ganha significativa importância a reflexão entre a influência da ética nas questões econômico-jurídicas. Tanto é assim, que Henrique Cláudio de Lima Vaz salienta que a o valor atribuído a esta relação é determinante para o destino das sociedades, enquanto sociedades justas. Do contrário, isto é, caso abandonada dita reflexão, a sociedade tende a criar sistemas mecânicos nos quais a liberdade é tolhida, considerando que as ações passariam a ser reguladas por modelos mais racionais e eficazes para controle do arbítrio dos indivíduos, já destituídos da razão de ser¹⁴⁵. Mais instrumentais e quase nada comunicativos, portanto.

A importância de preservar a autonomia dos indivíduos e grau substancial de sua independência dentro das corporações foi defendido por Joseph W. McGuire, na década de 1960. Ao estudar a relação entre empresa e sociedade, o autor esclarece que a organização moderna dos negócios burocráticos não tem o condão de conformar os indivíduos a papéis pré-estabelecidos. Isto decorre da própria dinâmica adotada pelas corporações: grandes executivos tendem a assumir riscos para obterem sucesso, o que exige um olhar atento às mudanças tecnológicas e econômicas da sociedade. Por conseguinte, ao passo em que as

¹⁴¹ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 117.

¹⁴² Idem, *ibidem*, p. 252.

¹⁴³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴⁴ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 36.

¹⁴⁵ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *op. cit.*, p. 242.

operações se tornam mais complexas, as organizações passam a exigir, de seus funcionários, maior qualificação, conhecimento e capacidade. Ou seja, sujeitos não conformados com moldes burocráticos estáticos, irrefletidos e pré-existentes¹⁴⁶.

No entanto, McGuire ressalta a necessidade de que os indivíduos estejam, ainda que minimamente, conformados às diretrizes econômicas e sociais informantes do contexto em que a empresa está inserida. Do contrário, haveria uma anarquia social. Por isto, esclarece que, em certa medida, os indivíduos serão sempre frustrados por costumes e convenções. Contudo, tais questões não inibem o exercício da liberdade de pensamento ou de ação. Para o autor, “parece exatamente o oposto – que as características dos executivos de sucesso são aquelas que só podem ser demonstradas quando os homens possuem um grau substancial de independência”¹⁴⁷.

Outro ponto importante a ser destacado – além dos i) efeitos da reflexão ética nas questões econômico-jurídicas; e ii) da necessidade de preservar-se a autonomia dos sujeitos – é que a esfera política, na atualidade está diretamente atrelada à economia. Trata-se de uma nota que, inclusive, “caracteriza de modo irreversível a evolução moderna da sociedade ocidental”. Por esta razão, Henrique Cláudio de Lima Vaz afirma ser imprescindível primar por um projeto democrático pensado a partir de explicitações éticas intrinsecamente ligadas a ações políticas¹⁴⁸. Nas palavras do autor:

Nesse sentido, e somente nesse, a democracia, em sua ideia, pode ser considerada expressão da dignidade humana. (...) Podemos pois afirmar, com absoluta certeza, que qualquer intento de efetivação de uma democracia real coloca em primeiro plano as exigências éticas da ação política. É nesse plano que irá decidir-se, afinal, o êxito da experiência democrática e, com ele, o destino da liberdade nas sociedades contemporâneas, vem a ser, o próprio destino do homem político como ser dotado de uma essencial dignidade¹⁴⁹.

A ideia é reafirmada por José de Sousa e Brito, de acordo com “o princípio de dignidade da pessoa humana articula-se nos valores da liberdade e da igualdade e implica a igual liberdade de todos os cidadãos”. Nesta ideia, consolida-se, a um só tempo, a fusão entre a preservação da ética e da autonomia dos indivíduos, tendo em conta que “da igual

¹⁴⁶ MCGUIRE, Joseph W. *A empresa e a sociedade*. Trad. Luiz Fernando Cruz Marcondes e Simon Jesus. Lisboa: Fundo de Cultura, 1965. p. 181.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 181-182.

¹⁴⁸ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *op. cit.*, p. 349.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

autonomia ética das pessoas deriva o princípio do governo do povo pelo povo”¹⁵⁰. Em outras palavras:

Todos os direitos do homem derivam da igual dignidade dos homens, isto é, do seu igual valor como pessoas livres, portanto, autónomas, que têm o poder de se dar a própria lei e cujos fins pessoais são os fins últimos de toda a lei. O princípio democrático é o princípio da organização eticamente fundada da sociedade sobre esta base¹⁵¹.

A consolidação da democracia, aliada a mudanças nas diretrizes dos padrões adotados pelos indivíduos para orientarem sua conduta, constitui instrumento para diagnosticar, enfrentar e resolver os desafios estruturais havidos na economia de mercado¹⁵². Isto tendo por fim, em essência, a persecução da justiça.

E, para este desiderato, há que se considerar que a regra da justiça admite como modelo ideal de conduta aquela que determinado indivíduo gostaria que todos praticassem a seu respeito e em face dos demais. Somente a partir dela é possível transformar um juízo subjetivo em uma norma moral, capaz de conduzir à previsibilidade e segurança e, com isto, propiciar o funcionamento coerente e estável de determinada ordem jurídica¹⁵³. Mas não é só. Conforme ensina Chaim Perelman, “a extrema sensibilidade aos valores, tais como eles estão vivos em determina sociedade, condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos o de uma justiça que vise ao consenso, condição da paz judiciária”¹⁵⁴.

Do que foi exposto, extrai-se que a economia de mercado impõe desafios à atividade empresarial. O primeiro deles diretamente ligado ao aprimoramento de produtos e serviços, com custo acessível, para manutenção da competitividade. Trata-se de um aspecto voltado ao agir instrumental e sistêmico, em que a eficácia para persecução dos fins revela-se fundamental. O segundo, contudo, diz respeito aos limites impostos às ações individuais, a fim de não suprimirem interesses coletivos, inviabilizarem o exercício da democracia, olvidarem da ética e, com isto, da própria justiça. Este último, relaciona-se à reflexão acerca dos meios empregados para obtenção do lucro e, por isto, é afeto à ponderação de valores e aspectos morais, próprios da ação comunicativa.

Assim, delineados os desafios que a economia de mercado impõem à empresa – sob o aspecto fático – importa perquirir as origens e regulamentação de tais corporações, sobretudo

¹⁵⁰ BRITO, José de Sousa e. Razão democrática e direito. In: ALVES, João Lopes (Coord.). *Ético e o futuro da democracia*. Lisboa: Colibri, 1998. p. 149.

¹⁵¹ Idem, ibidem, p. 150.

¹⁵² ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.307.

¹⁵³ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 162.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 468.

daquelas relacionadas à área da saúde. Isto, a fim de compreender quais as nuances administrativas e jurídicas que as informam para, posteriormente, verificar quais outros impasses podem ser enfrentados por tais corporações de maneira mais específica, além do aspecto econômico já mencionado. A análise destas questões deve, portanto, preceder a solução que se pretende buscar neste estudo, notadamente, o delineamento da forma por meio da qual ações de cunho instrumental não prevaleçam sobre aquelas de natureza comunicativa nas condutas empregadas em ambientes próprios de empresas voltadas ao setor de saúde.

2.2 EMPRESAS E SERVIÇOS DE SAÚDE

As empresas prestadores de serviços de saúde, assim como as demais, sujeitam-se às nuances e intempéries do mercado. Isto significa dizer que devem estar atentas a seus concorrentes, de modo que não sejam por eles superadas na produção de determinado bem ou fornecimento de certo serviço. Ocorre que, diferente das demais, as companhias ligadas ao setor de saúde convivem com outros desafios, atrelados à regulamentação jurídica que lhes é própria, mas, além disto, com a influência que suas condutas têm na tutela de direitos fundamentais, sobretudo da vida e da saúde.

Desta forma, pretende-se perquirir o conteúdo jurídico que informa as empresas em questão, mediante a análise histórica e legal de sua evolução. Após, elucidados estes pontos, visa-se ponderar os reflexos que os princípios da ordem econômica – estabelecidos a nível constitucional – têm sobre estas companhias. E, por fim, verificar se é possível atribuir responsabilidade social à sua atuação.

2.2.1 Evolução Histórica e Contornos Jurídicos

A exemplo da sociedade e das empresas (vistas sob o ponto de vista geral), as companhias voltadas aos serviços de saúde também passaram por transformações que impactaram seu processo organizacional. Esta evolução foi, de igual como, responsável por desenvolver a complexidade dos processos inerentes à atividade hospitalar. Não podem, assim, ser olvidadas, sob pena de preterir a compreensão das características que lhe podem ser, hoje, atribuídas.

Diante disto, impende destacar que a ideia de hospital remete ao adjetivo acolhedor, em razão da própria epistemologia da palavra: do latim, *hospitalis*¹⁵⁵. Trata-se, assim, da primeira concepção que se pretendeu desenvolver no curso da humanidade a respeito das atividades orientadas ao cuidado da saúde, embora nem sempre estruturadas da forma que em que conhecidas atualmente.

Sob um aspecto histórico, nota-se que, já na antiguidade, a civilização assírio-babilônica registrou o exercício de práticas médicas; isto desde 3.000 a. C. Cite-se, como exemplo, o Código de Hamurabi, de 2.250 a. C., cujas disposições regulamentavam a atuação e remuneração da atividade, bem como estabeleciam punições para as hipóteses em que configurada negligência¹⁵⁶.

Em razão da posição de destaque que ocupavam, há também registros que indicam a condução dos indivíduos que praticavam atividades médicas ao Egito, local em que passaram a exercer a especialidade mediante remuneração. Este fato, contudo, não demonstra que estas práticas eram organizadas em hospitais, pelo que se infere que eram exercidas de maneira casuística¹⁵⁷.

A evolução referente à propagação das atividades hospitalares torna-se mais perceptível, no entanto, com a prática do budismo. Os registros históricos relacionados mencionam que Sidartha Gautama – mais tarde conhecido como Buda – construiu vários hospitais, tendo, ainda, nomeado um médico para cada dez cidades¹⁵⁸.

Em Israel, todavia, a realidade era outra: segundo consta, os enfermos eram atendidos em razão dos deveres sagrados atribuídos àquele povo, que reservava locais específicos para cumprimento desta incumbência. Apenas nas hipóteses de calamidade pública, instalavam-se espécies de hospitais, sem que este fato retirasse o costume existente de que os doentes fossem visitados em suas próprias casas¹⁵⁹.

Na Grécia, a seu turno, verifica-se que os cuidados médicos eram atribuições próprias dos sacerdotes, pelo que os templos foram os primeiros locais reservados para estas atividades. Cumpre destacar, quanto a este aspecto, que a pessoa enferma era – para os gregos – socialmente inútil, razão pela qual o conceito de assistência médica coletiva era pouco enaltecido e atribuído, assim, apenas às questões atreladas à religião¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BORBA, Valdir Ribeiro; LISBOA, Teresinha Covas. *Teoria geral de administração hospitalar: estrutura e evolução do processo de gestão hospitalar*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 7.

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 8.

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 9.

Somente mais tarde, passam a surgir os denominamos *iatreuns*: locais públicos destinados ao tratamento por indivíduos não necessariamente vinculados a determinado templo. Desenvolve-se, a partir de então, a ideia de hospedagem, que deu origem à palavra hospital, conforme salientado alhures. Ditos espaços funcionavam, ainda, como escolas de medicina, as quais, inclusive, foram responsáveis por construir os conhecimentos de um dos médicos mais lembrado até hoje: Hipócrates, educado no templo de Asclepios, por seu pai e, também, por médicos-sacerdotes regionais¹⁶¹.

Na Idade Média, por sua vez, o aperfeiçoamento da atividade hospitalar foi marcada pela edição do decreto de Milão (313 d.C) e pelo Concílio de Niceia (325 d. C): o primeiro responsável por autorizar a igreja cristã à prática em destaque; o segundo, pela fixação da obrigatoriedade deste atendimento. Verifica-se, neste contexto, o surgimento das diaconias, consubstanciadas em instituições eclesiásticas de natureza assistencial. Destaca-se que, em Roma, as instalações correspondentes a este modelo de organização atendiam pobres e estrangeiros, mormente em razão de sua estrutura ser ampla e munida de equipamentos¹⁶².

De outro lado, o modelo hospitalar islâmico agregava aspectos socioculturais e, por isto, exercia, a um só tempo, a função de religiosa, educacional e hospitalar: o chamado Bimaristan. Relevante notar as preocupações já existentes quanto à separação dos pacientes em grupos pela diferentes patologias e, ainda, os cuidados com a higiene, que se faziam notar pela ventilação dos compartimentos e forma de distribuição de água¹⁶³.

É, no entanto, apenas no século XII que se nota, com maior rigor, a separação das atividades hospitalares daquelas de ordem monástica medieval. Destaca-se o edito da igreja católica de 1.163 que proibiu o clero de realizar operações que resultassem em derramamento de sangue do paciente. Deste modo, as atividades correlatas a este tipo de procedimento passam a integrar a atuação dos denominados barbeiros, mais tarde organizados em forma de corporações¹⁶⁴.

Desvinculando-se da igreja, ditas corporações passam a se organizar sob formas mais parecidas com a dos hospitais, sobretudo no período renascentista. Todavia, as alterações decorrentes da secularização destes estabelecimentos só passaram a ser notadas de forma mais evidente com a inserção destes na esfera urbana, notadamente em razão das transformações econômicas e sociais da época. E assim porque, agora, exigia-se que o atendimento fosse feito

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 9-10.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 11.

¹⁶³ Idem, ibidem, p. 12.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 14.

com mais eficiência, em razão do maior número de pessoas que se dirigida a tais locais, bem como em função do menor interregno temporal disponível para tratá-las¹⁶⁵.

Importante notar que, neste contexto, os hospitais passam a ser locais de registro, isto é, de acúmulo de formação do saber decorrente de experiências práticas, cuja previsão não se fazia presente – ao menos não de forma suficiente – em livros. Assume-se, assim, que a formação normativa de um médico deveria passar, necessariamente, pela experiência hospitalar¹⁶⁶. Experiência esta que, além relacionar-se com questões ligadas estritamente à saúde, implica a complexidade dos serviços hospitalares em razão da diversidade de funções que lhe são inerentes: equipamentos, serviços, procedimentos e administração¹⁶⁷. Isso se faz notar de maneira ainda mais evidente da contemporaneidade, em que verificada a crescente descentralização e diversidade das estruturas organizacionais próprias das instituições hospitalares.

Neste aspecto, observa-se que, diante das transformações decorrentes do panorama histórico percorrido, os hospitais passaram a trazer consigo características peculiares a demandas planejamento específico. A primeira delas reflete-se no alto custo fixo que lhe é inerente, estimado em 70% (setenta por cento) das despesas. A eficiência operacional da instituição depende, destarte, do mapeamento estratégico dos processos de gestão, bem como da adequada interação destes. Atrelado a isto, encontra-se a importância de capacitação em nível operacional dos processos e tarefas do sistema¹⁶⁸.

A segunda das características consiste no elevado número de processos que compõem a estrutura da atividade hospitalar, definidos, por sua vez, pelo seu grau de variabilidade e probabilidade de ineficiência. Circunstância esta que reforça a excelência operacional que deve informar os setores estratégicos destas instituições, especialmente no que se refere à distribuição de tarefas, implementação de ferramentas de qualidade e, também, capacitação dos funcionários¹⁶⁹.

Neste ponto, faz-se mister não olvidar que a missão da empresa hospitalar, bem como a delimitação de seus objetivos, deve ser esclarecida a todos os colaboradores, sob pena de desorientação das ações destes para finalidades que não aquelas almejadas pela instituição. Em outras palavras, a corporação deve transparecer a razão pela qual existe, a fim de que não

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 17.

¹⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 20.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 21.

¹⁶⁸ COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. Planejamento estratégico e medidas de desempenho. In: COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. *Hospital: acreditação e gestão em saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007. p. 218-219.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

sejam criadas outras de forma individual e distorcida. E isto porque “desconhecendo a razão de existir daquela empresa, movido por um impulso psíquico incontrolável, o colaborador definirá por conta própria essa razão ou missão”¹⁷⁰.

Acrescente-se a isto que a fixação, transmissão e comunicação dos valores que informam a instituição é fundamental para a própria sobrevivência da companhia, considerando que a inexistência deles permite que cada um dos colaboradores aja de acordo com o seu próprio arbítrio; fato que, por sua vez, corrobora em ações com finalidades dessemelhantes e, porquanto, incompatíveis com a unicidade que deve orientar as condutas de uma empresa¹⁷¹.

Trata-se, a bem ver, de uma parte fundamental do planejamento estratégico das companhias que não pode ser olvidado, mormente quando as atividades desenvolvidas dentro delas são hospitalares. E isto, em razão da sensível carga de subjetividade que lhes é inerente, notada de maneira inquestionável nas relações entre profissionais da saúde e seus respectivos pacientes.

Os pontos destacados até então possuem cunho administrativo, pelo que a complexidade que lhes são atribuídas decorrem, principalmente, de aspectos de gestão operacional. Contudo, é preciso, ainda, situar a empresa hospitalar no âmbito jurídico, a fim de que, também neste aspecto, sejam destacadas as peculiaridades que implicam em uma revisão específica das atividades que desempenham.

Neste sentido, extrai-se do artigo 37, §6º, da Constituição Federal que pessoas jurídicas de direito privado podem prestar serviços públicos. Dita previsão poderia levar à conclusão de que todas as empresas hospitalares particulares enquadrariam no dispositivo em referência e, portanto, seriam uma espécie de prestadoras de serviço público. Não é, todavia, a interpretação que prevalece. Segundo esclarece Ruth Elena Pimentel de Oliveira, para que determinada entidade de direito público enquadre-se no artigo mencionado, seria necessário que esta prestasse serviços públicos, mediante a exclusão de atividades econômicas. Na hipótese de desempenharem, todavia, estas últimas (atividades econômicas), as normas a serem observadas serão as de direito privado¹⁷².

Disto, infere-se que as atividades empresariais hospitalares desenvolvidas por pessoas jurídicas de direito privado amoldam-se, via de regra, àquelas denominadas privadas de interesse público, de relevância pública ou, ainda, atividades privadas regulamentadas – estas

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 221-222.

¹⁷¹ Idem, ibidem, p. 222.

¹⁷² OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199.

caracterizadas pela necessidade de observância a normas específicas, setoriais e funcionalizadas¹⁷³.

Noutro dizer:

[...] independentemente da nomenclatura, são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo, ainda, a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial¹⁷⁴.

No que diz respeito, mais especificamente, aos hospitais privados, salienta-se que suas atividades encontram-se no limiar que diferencia i) os serviços públicos, isto é, atividades desempenhadas direta ou indiretamente pelo Estado decorrência da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos; e ii) atividades econômicas privadas, não sujeitas – em regra – ao poder geral de polícia inerente à administração pública, responsável por verificar que há interferências negativas na ordem pública¹⁷⁵.

A este respeito, Alexandre Santos de Aragão esclarece:

As atividades de que estamos tratando são atividades econômicas privadas; não são desenvolvidas pelo Estado, seja diretamente, seja através de concessão ou permissão. São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais de prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização¹⁷⁶.

Da qualificação destas atividades como privadas de interesse público exsurtem consequências que não devem ser olvidadas. A primeira delas, consistente no fato de que estas empresas submetem-se à autorização prévia (artigo 170, parágrafo único, Constituição Federal), bem como à significativa regulação (artigo 174, do mesmo diploma), a qual pode, até mesmo, atingir aspectos determinantes ao desenvolvimento da atividade respectiva (do que são exemplos a fixação do conteúdo mínimo das prestações nos planos de saúde e dos preços a serem pagos pelos usuário no caso dos taxis)¹⁷⁷.

A segunda, a seu turno, consubstancia-se no fato de que a regulamentação exercida pela administração pública não pode ser imposta como se referidas atividades fossem exercidas pelo Estado. É preciso ter em conta que, apesar de suas particularidades, ainda fazem parte da iniciativa privada, de modo que sua funcionalização pelo Estado apenas pode

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 192

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 192-193.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 195.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 196.

ocorrer para realização, por exemplo de políticas públicas. Contudo, ainda nesta hipótese, não poderão ser forçadas a executá-las, salvo se contratadas ou indenizadas para tal finalidade¹⁷⁸.

Neste ponto, destaca-se:

[...] o norte principal que distingue essas atividades dos serviços públicos é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental de livre iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir, observados, naturalmente, os limites impostos pelos princípios do Direito Administrativo Econômico.

Conforme já assinalado alhures, o exercício da livre iniciativa deverá estar atrelada aos valores de interesse público, o que justifica a imposição de limites e condições ao exercício destas atividades por normas de Direito Público. De outro lado, contudo, a intervenção estatal junto à livre iniciativa encontra óbice nos casos em que caracterizar a desnaturalização das atividades que decorrem do exercício deste último direito, o que se observa, por exemplo, quando passam a ser tratadas como se serviços públicos fossem (“imposição quantitativa ou qualitativamente excessiva de obrigações de fazer para a empresa privada”¹⁷⁹). Ditas companhias não devem, pois, substituírem o Estado no cumprimento de suas funções constitucionais.

A evidente complexidade das atividades hospitalares foi demonstrada, até então, pelos aspectos administrativos e jurídicos que lhe impõem diretrizes de atuação, quer no âmbito organizacional ou legal. No entanto, deve-se acrescentar a isto fatores associados ao cenário econômico, que exigem a demonstração de eficiência da assistência médico-hospitalar¹⁸⁰.

A dificuldade que se insere, portanto, diz respeito ao fato de que as atividades médicas não se desenvolvem como os demais ramos empresariais. Antes, está atrelada aos direitos fundamentais da saúde e da vida, pelo que o atendimento às estratégias de mercado devem, também, compatibilizarem-se com o respeito ao interesse da coletividade de forma ainda mais evidente que nas demais corporações. Isto para que as relações econômicas não se sobressaem às sociais. O desafio é, pois, estabelecer um cenário em que a atividade empresarial hospitalar seja desenvolvida de maneira sustentável, sob o ponto de vista jurídico-administrativo-econômico, o que implica não olvidar o lucro, mas também não coadunar com a potencial instrumentalização da vida.

¹⁷⁸ Idem, ibidem, p. *loc. cit.*

¹⁷⁹ Idem, ibidem, p. 205.

¹⁸⁰ COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. *op. cit.*, p. 1.

O equilíbrio entre estas questões parece ter sido buscada pelo texto constitucional brasileiro, ao tratar dos princípios da ordem econômica. Logo, a análise destes revela-se imprescindível, sobretudo porque busca-se, como o presente estudo, coadunar os mecanismos próprios do mercado (ação instrumental) com os aspectos simbólicos da atividade empresarial hospitalar (ação comunicativa), o que, não raras vezes, demanda a eleição e operacionalização de valores no âmago destas instituições. Trata-se, assim, de um exame necessário à compreensão de que estas companhias podem buscar, junto dos interesses econômicos, estar atentas a outros aspectos da sociedade, inclusive daqueles que envolvem preceitos morais.

2.2.2 Princípios da Ordem Econômica e Responsabilidade Social

O presente estudo têm demonstrado que o direito, assim como a sociedade e as empresas, enfrentam transformações. Como consequência disto, também os textos constitucionais tendem a evoluir para salvaguardar condições harmônicas de desenvolvimento. Por evidente, este fato têm reflexos na economia e no desenvolvimento da atividade empresarial, já que estes elementos não se realizam à margem das Constituições. Antes, circunscrevem-se à parte considerável de seus dispositivos que não podem, neste sentido, ser olvidados.

Nesta perspectiva, Fábio Nusdeo esclarece que as constituições modernas – diferente das clássicas – expõem uma ordem econômica própria, fundada agora em um sistema dual ou misto. Por esta razão, estabelecem um programa de ação mais amplo e genérico que outrora em face do Estado e seus cidadãos. Trata-se, a rigor, de uma plataforma política, cuja observância ocorre por parte da nação respectiva. Diante destes fatores, caracterizam-se como constituições-programa, o que é corroborado pelo fato de assegurarem liberdade formal dos indivíduos frente ao Estado, mas, concomitantemente, limitarem-na a “um conteúdo mais concreto e mais substantivo e, sobretudo, mais consentâneo com o interesse social”¹⁸¹.

Para o autor, esta circunstância – inclusive mediante a incorporação de títulos vinculados à ordem econômica nos textos constitucionais – teve por finalidade assegurar a viabilidade de um novo sistema econômico, o qual visa concatenar a tese liberal individualista e a antítese coletivista¹⁸², cujas peculiaridades já foram expostas no decorrer desta análise.

¹⁸¹ NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Coord). *O Direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 34.

¹⁸² Idem, *ibidem*, p. 43-44.

Com efeito, é inegável que a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica, o que se deu com a disciplina constitucional sistematizada da questão. Um dos primeiros exemplos desta realidade pode ser atribuída à Constituição Mexicana, de 1917. No Brasil, sob a influência da Constituição Alemã de Weimar, o primeiro texto constitucional responsável por prever princípios e normas atrelados à ordem econômica foi a promulgada em 1934.

José Afonso da Silva ressalta, porém, que esta circunstância não indica o acolhimento de pressupostos sociais. Do contrário: “aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica (...) é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada”¹⁸³. Segundo o autor, eventual ingerência do Estado na economia – ainda que por exploração direta da atividade econômica, inclusive sob a forma de monopólio estatal – não tem o condão de descaracterizar o modo de produção capitalista. Em suas palavras, “a atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo”¹⁸⁴. A consequência disto é que a atividade econômica é condicionada à determinados conteúdos, do que resultam direitos econômicos.

Além disto, esta circunstância permite identificar que as constituições são compostas, também, de elementos socioideológicos, traduzidos no conjunto de normas indicativas da tentativa de equilibrar os indicadores do a) Estado Liberal, no qual visa-se a restrição dos fins estatais, mediante a consagração dos direitos indivíduos, assegurando-lhes contra a usurpação e abuso de poder; e do b) Estado Social intervencionista, precursor da amenização de injustiças sociais e pressões econômicas¹⁸⁵.

A importância destes elementos consiste, justamente, no fato de que apontam quais os fins do Estado e para qual direção este se orienta. Nas palavras do autor:

Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica [...], tendendo a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social. Revelam, assim, um *compromisso* apenas entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Consubstanciam os *direitos econômicos e sociais*, embora nem sempre com eficácia capaz de atender ditas reivindicações de maneira satisfatória. A despeito disto, pode-se dizer que assim como as declarações dos direitos do homem do século XVIII postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, as declarações constitucionais

¹⁸³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.* p. 788.

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 789.

dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos socioideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social*, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista¹⁸⁶.

Contudo, ao lado disto, José Afonso da Silva salienta que a garantia de existência digna a todos, mediante observância dos ditames da justiça social, não constitui tarefa simples. É que, o sistema de base capitalista, calçado no individualismo, pressupõe diferenças, sobretudo ligadas a diferentes níveis de acumulação e concentração de riquezas. Deste modo, o conjunto de direitos sociais apregoados pelas constituições revela-se como forma de tornar o alcance da justiça social menos abstrato. Em seu dizer, “esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela” (leia-se: da justiça)¹⁸⁷.

No Brasil, as bases constitucionais do sistema econômico encontram previsão nos artigos 170 a 192, da Constituição Federal de 1988. Dentre estes dispositivos, extrai-se que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa¹⁸⁸. Isto significa dizer que a norma consagrou a economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é própria deste regime. Paralelamente, indica que se dá prioridade aos valores do trabalho humano em privilégio aos demais da economia de mercado. Como consequência, esta última prioridade orienta a intervenção do Estado na economia, com vistas a “fazer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só de ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil”¹⁸⁹.

Com relação à livre iniciativa, mais especificamente, destaca-se que esta consubstancia-se na expressão dos seguintes direitos: a) propriedade; b) livre escolha da profissão; c) trabalho; d) liberdade de circulação de bens; e) liberdade contratual; f) dignidade da pessoa humana, “por ser fruto do livre desenvolvimento da personalidade”¹⁹⁰; e g) a liberdade de indústria e comércio¹⁹¹.

Além disto, traduz o princípio básico do liberalismo econômico, resultado da oposição dos agentes econômicos aos vínculos estabelecidos no período feudal ou mercantilismo, os quais, de certa maneira, subordinam a condição financeira dos sujeitos àquela ocupada

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 790.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 791.

¹⁸⁸ Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)”. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *op. cit.*

¹⁸⁹ DA SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 790.

¹⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 201.

¹⁹¹ DA SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 795.

socialmente, desde o nascimento. Não conferiam aos indivíduos, portanto, mobilidade econômico-social a partir do desenvolvimento das atividades por eles desempenhadas.

Neste contexto, é importante ressaltar que a liberdade de iniciativa econômica privada, porque prevista em uma constituição que enaltece a justiça social, tem margem de atuação dentro de um quadro estabelecido pelo poder público. Deste modo, a empresa pode usufruir de facilidades estabelecidas por este poder e, ao mesmo tempo, deve submeter-se às limitações impostas por ele. Significa dizer que apenas será legítima quando realizada no interesse da justiça social. Ou, em raciocínio contrário, carecerá de legitimidade caso exercida com base, apenas, no lucro e realização pessoal do empresário¹⁹².

Esta afirmação, aplicada à possibilidade de as atividades privadas explorarem serviços de interesse público, implica no fato de que podem ser estabelecidos limites e condições a este exercício¹⁹³. Tais restrições, no entanto, não podem atingir o núcleo essencial do direito à livre iniciativa, conforme já ressaltado. Daí a necessidade de que a administração pública pondere, para imposição destes limites, a relação existente entre livre iniciativa privada e valores de interesse público¹⁹⁴.

Como manifestação da livre iniciativa, o texto constitucional elege a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica¹⁹⁵. Sua efetivação é feita mediante a repressão de abuso do poder econômico que vise a) à dominação dos mercados; b) à eliminação da concorrência; e c) ao aumento arbitrário dos lucros, consoante estabelecido no artigo 173, §4^a, do mesmo texto constitucional.

Com efeito, nota-se que a Constituição Federal reconhece a existência de poder econômico e, ao contrário do que se possa supor, não o condena. O que a norma busca evitar é a concentração e o abuso deste poder, obstando, com isto, a formação de monopólios e oligopólios¹⁹⁶.

Esclarecidos estes pontos, cumpre ressaltar que o fato de o texto constitucional resguardar a observância dos princípios destacados alhures, associados à tutela pela existência digna de todos não tem, por si só, significado substancial. Diz-se isto porque a análise isolada destes elementos não garantem a efetividade do fim já mencionado, qual seja, a justiça

¹⁹² Idem, *ibidem*, p. 796.

¹⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 201.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹⁵ Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência”. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit.*

¹⁹⁶ DA SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 797.

social¹⁹⁷. Há que se admitir, antes disto, que a Constituição atribuiu conteúdo preciso à finalidade destacada, mediante a concepção do capitalismo agora, sob uma perspectiva humanizada. Este, por sua vez, apenas pode ser efetivado mediante a aplicação sistemática das normas constitucionais. Significa dizer, mediante a observância dos demais princípios da ordem econômica – a exemplo da defesa do meio ambiente e do consumidor – sem que esta tarefa suprima aqueles já destacados¹⁹⁸.

Um dos exemplos mais importantes deste comedimento – entre interesses individuais e sociais – está consagrado no fato de que a norma constitucional prevê, simultaneamente, a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica¹⁹⁹. Disto decorre a consequência, já mencionada, de que a propriedade privada – como expoente da liberdade individual – não pode ser concebida como direito absoluto. Deve, em verdade, ser reinterpretado à luz das diretrizes sociais, como forma de persecução da justiça²⁰⁰.

Ainda sobre o tema, José Afonso da Silva destaca:

Já estudamos a *função social da propriedade*, quando examinados o conteúdo do disposto no art. 5º, XXIII, segundo o qual *a propriedade atenderá a sua função social*. Isso aplicado ali à propriedade em geral, significa estender-se a todo e qualquer tipo de propriedade. O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI) [...] tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos bens de produção*, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de *função social da propriedade dos bens de produção*, como de *função social da empresa*, como de *função social do poder econômico*²⁰¹.

No mesmo sentido, Rachel Sztajn ressalta que a função social da propriedade, quando interpretada sob os influxos da livre iniciativa, deve estender-se aos bens, meios de produção e serviços oriundos da atividade econômica voltada aos mercados²⁰². É, portanto, nestas bases em que a livre iniciativa deve orientar-se, como pressuposto à existência do livre mercado.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 790.

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 792.

¹⁹⁹ Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade;”. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit.*

²⁰⁰ DA SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 814.

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 816.

²⁰² SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 17.

Não é demais ressaltar, neste aspecto, que a livre iniciativa privada encontra-se condicionada ao sistema da constituição econômica, a nível nacional. Com efeito, a liberdade de iniciativa apenas será legítima quando voltada à consecução dos fins e valores da ordem econômica. Em termos práticos, isto significa dizer que a atividade empresarial subordina-se ao princípio da função social, como forma de assegurar o desenvolvimento nacional, a existência digna de todos e a persecução da justiça social²⁰³.

Como visto, não resta dúvida de que o livre mercado e a livre iniciativa constituem valores recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Daí porque a análise da conjuntura econômica deve ser realizada sob uma perspectiva dual – e, ao contrário do que se pode pensar, complementar: a) liberal, na qual a eficiência alocativa e produtiva é proporcionada pela livre concorrência e liberdade de iniciativa; e b) social, responsável por estabelecer limites e enaltecer valores²⁰⁴.

O mesmo pode ser extraído do Código Civil de 2002. Este, ao desatrelar-se do individualismo caracterizador do diploma que o antecedeu (de 1916), modernizou a relação entre particulares, mediante enaltecimento da solidariedade entre os indivíduos²⁰⁵. Por esta razão, defende-se que a sistemática civil também tende a favorecer a harmonização das relações negociais que atendem aos interesses dos agentes econômicos e facilitam processos de engenharia social. Noutra dizer, a continuidade dos atos negociais sempre será de interesse da empresa, seja mediante a aquisição de importância social – ultrapassando-se o interesse dos mercados – seja mediante a regulamentação deste último.

Atrelada à circunstância descrita – nas quais as constituições ganharam conteúdo econômico – nota-se que as atividades empresariais vêm atravessando significadas transformações no que diz respeito à sua operacionalidade. Agora, desenvolvem-se em espaços mais extensos, mediante o aumento exponencial de operações negociais. São fatores que, inclusive, dificultam a observância de normas jurídicas, antes responsáveis pela regulamentação de operações pontuais²⁰⁶.

É, contudo, neste cenário que as companhias – em razão da adaptabilidade que lhes é imposta – buscam soluções às transformações aumentadas. Por exemplo, se há aumento do número de operações e crescimento da base geográfica de sua incidência, as empresas passam a desenvolver novos mecanismos de disciplina estratégica e logística operacional. O mesmo, no entanto, aplica-se aos aspectos jurídico-legais.

²⁰³ DA SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 816.

²⁰⁴ SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 20.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 22.

Conforme esclarece Rachel Sztajn:

No plano jurídico, a mesma conjugação de aumento de operações em que a repetição do modelo negocial se espalha e padroniza também demanda regras diferentes das previstas para negócios similares contábeis e atuariais. A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial. Aqui a liberdade de contratar em suas manifestações (...) impõe, ao contrário do que se suporia, simplificação crescente de procedimentos²⁰⁷.

É, justamente por este motivo, que o Direito, enquanto sistema aberto, sofre influência do meio em que está situado. Em razão disto, não lhe é dado olvidar os influxos da atuação dos agentes econômicos. Estes são responsáveis por desenvolver novas formas de relacionamento, as quais devem ser apreendidas pelo ordenamento jurídico, como forma de conferir-se segurança e eficácia aos efeitos destas normas, por assim dizer, privadas. Não se olvidando, aqui, dos limites intersubjetivos – imediatos ou diretos – que exsurtem de tais situações²⁰⁸.

Em decorrência disto, verifica-se que tanto a disciplina conferida ao mercado quanto àquela direcionada à empresa encontra-se diretamente atrelada a aspectos jurídicos. Diz-se isto porque sem a previsão de determinados institutos jurídicos – como a propriedade privada e os contratos – sequer haveria que se falar no desenvolvimento da atividade empresarial. Como exemplo do que se quer dizer, menciona-se o fato de que os contratos são facilitadores da circulação de propriedade. Isto, por sua vez, viabiliza que as companhias organizem sua produção para os mercados, que tornam mais eficientes as trocas econômicas²⁰⁹.

Estas relações não podem ser olvidadas em regimes capitalistas. É que tanto o mercado quanto as companhias interessam ao desenvolvimento da atividade econômica. E isto, tanto no que diz respeito aos particulares quanto ao Estado – nas hipóteses em que, também, interfere na atividade econômica. Mas, além disto, interessam à própria sociedade, já que responsáveis pela produção de riquezas, “resultado da facilidade de circulação de bens na sociedade”²¹⁰.

Contudo, conforme já ressaltado, o funcionamento dos mercados deve ser disciplinado, de modo a garantir a possibilidade de satisfação de necessidades individuais sem que isto culmine em injustiças sociais. A tarefa disto é conferida, a princípio, ao Direito, o que

²⁰⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 28.

²⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 28-29.

²¹⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

conta até mesmo com previsão expressa na constituição, conforme já ressaltado. Incumbe, pois, à disciplina jurídica regular a propriedade, a circulação lícita e regular de riqueza – mediante identificação e punição ilegal – e, principalmente, definir a responsabilidade pelas operações²¹¹.

No entanto, pretende-se demonstrar que a atividade econômica pode ser orientada para fins sociais não apenas por aspectos jurídicos. Em outras palavras, a administração de riscos, de modo que dita atividade sirva ao propósito de satisfazer socialmente os anseios da coletividade, “exige outra forma de organizar a produção, outra estrutura que facilite as relações de produção de bens e serviços para os mercados”, que ultrapasse apenas institutos jurídicos. Trata-se da estrutura consubstanciada na empresa²¹².

E diz-se isto porque parte considerável das causas que ensejam abalos na consolidação da ordem jurídica podem ser afastadas a partir do reconhecimento da função desempenhada pela empresa. Noutra dizer, a compreensão dos problemas havidos na sociedade – pela empresa – pode culminar em uma probabilidade maior de solucioná-los²¹³.

Isto se deve, em grande parte, pelo fato de que as companhias relacionam-se – mais do que outros setores – com diversos segmentos sociais. Esta constatação é sistematizada, por Fábio Ulhoa Coelho, a partir da imagem de três círculos em torno das comprinhas. No primeiro deles – o mais próximo das corporações – identifica-se o interesse dos empresários, investimentos e acionistas. O segundo, por sua vez, é composto por *bystanders*, isto é, a) trabalhadores, os quais visam a preservação de seus empregos e melhoria dos salários e condições em que trabalham; b) consumidores, cujos interesses voltam-se aos produtos e serviços fornecidos; c) fisco, que depende da arrecadação tributária para desenvolvimento de atividades econômicas pelo Estado; d) fornecedores de insumo e empresas de menor porte; e e) investidores de menor projeção e, até mesmo, vizinhos beneficiados com a valorização da região pelo desenvolvimento da atividade empresarial. Por fim, no último círculo, inserem-se os interesses coletivos e difusos da sociedade²¹⁴.

Com isto, pretende-se demonstrar que os princípios da ordem econômica, conforme exposto alhures, estabelecem as diretrizes necessárias para compreensão da atividade empresarial e os seus respectivos alcances. Como visto, a companhia não pode voltar-se apenas às questões atreladas à livre iniciativa, mas deve estar atenta às demandas sociais que lhe

²¹¹ Idem, *ibidem*, p. 64.

²¹² Idem, *ibidem*, p. 66.

²¹³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 51.

²¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial*. v.1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

circunscreve. Ocorre que, conforme também salientado, a complexidade das relações empresariais têm dificultado o cumprimento das normas previstas de maneira específica, a cada uma delas. O que pode significar que a simples previsão, ainda que constitucional, da necessidade de persecução da justiça social revela-se apenas programática. Isto é, não prática.

Com efeito, o desenvolvimento da atividade empresarial de maneira socialmente consciente e economicamente sustentável depende, primeiro, da compreensão do papel que estas desempenham, hoje, na sociedade. Compreensão esta, por evidente, atrelada ao conteúdo econômico da Constituição, mas não restrito exclusivamente a ele. Os pressupostos constitucionais para desenvolvimento da atividade econômica devem, por evidente, ser observados. Contudo, sua efetividade, na prática, vai além da observância de orientações jurídicas e avança para alcançar as nuances morais que podem preceder a edição das normas.

Como exemplo do que se quer dizer, menciona-se o fato de que algumas companhias – porque arraigadas em costumes superados – articulam-se com base em um cenário que já não existe. Cenário este que não lhes permite compreender o atual contexto – social e econômico – em que as empresas encontram-se inseridas²¹⁵. Para Domingo García-Marzá, “a disfunção entre o sentido da empresa e a realidade na qual se movimenta é a principal razão da dificuldade em que as próprias empresas se encontram para gerar, manter e desenvolver a confiança necessária no seu agir”²¹⁶. Significa dizer que a falta de percepção de determinada empresa acerca do papel que, de fato, desempenha na sociedade pode culminar em desconfiança de suas atividades o que, por consequência, reverte-se em prejuízos, inclusive, de ordem financeira em seu desfavor.

De acordo com o autor, a recuperação de confiança na companhia pode advir da presença da ética empresarial. Em seu dizer, a principal tarefa desta é verificar as condições de possibilidade da credibilidade social da companhia, isto é, a confiança que todos os grupos que formam ou estão relacionados com sua atividade atribuem à ela²¹⁷. E, para tanto, é preciso ter em conta, primeiro, que a empresa constitui elemento central na sociedade hodierna, na qual ganha maior espaço de liberdade e liderança social; gerando, por conseguinte, maiores expectativas sociais. Em adição, ressalta:

Para comprovar tais afirmações, é preciso simplesmente reparar o papel que a sociedade outorga à empresa em âmbitos como a promoção do bem-estar econômico e social, a criação de novos postos de trabalho, a proteção do meio ambiente, a promoção dos direitos humanos fundamentais, o

²¹⁵ GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa*. Trad. Jovino Pizzi. Pelotas: Educat, 2008. p. 25.

²¹⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 22.

desenvolvimento dos povos etc. Tais expectativas não se deixam reduzir à vantagem econômica ou a encerrar-se nos limites do mero cumprimento legal. A ideia de identificar tais expectativas e analisar seu melhor modo de responder deve voltar a atenção ao processo de globalização e às mudanças que estão ocorrendo no papel social da empresa.²¹⁸

Disto, extrai-se que as companhias devem desenvolver a capacidade de adequarem-se aos paradigmas exigidos pelas sociedades democráticas, sobretudo em razão da forma autônoma mediante a qual os indivíduos participam do público e privado. É que este fato facilita a exposição da empresa – assim como dos bens e produtos por ela fornecidos – em face dos consumidores, que, por sua vez, passam a exigir das corporações condutas transparentes, que reflitam a conformidade com preceitos legais e éticos²¹⁹.

Este cenário reforça a ideia de que as empresas não tem o condão de sustentarem-se economicamente se não compreendem a realidade na qual estão inseridas. Daí porque várias delas realizam – agora com maior frequência – atividades de consultoria, voltadas à compreensão de si próprias e, principalmente, das mudanças e tendências atravessadas pela sociedade. E é, por esta razão, que as teorias sociais não podem ser construídas à margem da compreensão do papel – também social – desempenhados pelas companhias na atualidade²²⁰.

Neste tocante, Carlos Nelson dos Reis e Luiz Edgar Medeiros ressaltam que as transformações enfrentadas pela sociedade demonstram que as empresas têm ocupado, com ainda mais intensidade, o papel de “agentes especiais de promoção do desenvolvimento econômico e social”²²¹. Por esta razão, devem voltar suas atividades à efetiva articulação do bem-estar da humanidade e à consolidação de uma consciência empresarial atenta à construção de uma sociedade economicamente próspera e socialmente justa²²².

A percepção de que a empresa – embora atrelada às influências do mercado – está, cada vez mais próxima, dos influxos das demais questões sociais – a exemplo da relação com o meio ambiente e consumidor – implica, pois, a necessidade de compreensão da responsabilidade social atribuída às atividades corporativas.

Consoante Clodomiro José Bannwart Junior e Michele Christiane de Souza, o conceito de responsabilidade social advém do ímpeto de harmonizarem-se as relações havidas entre a globalização, o mercado econômico e a preservação ambiental. Nas palavras dos autores, “é

²¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 28.

²¹⁹ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; BANNWART, Michele Christiane de Souza. *op. cit.* p. 114.

²²⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²²¹ REIS, Carlos Nelson dos; MEDEIROS, Luiz Edgar. *Responsabilidade social das empresas e balanço social: meios propulsores do desenvolvimento econômico e social*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

²²² Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

exigido da empresa, enquanto ator econômico e, ao mesmo tempo, parte da sociedade civil, um comportamento diferente daquele clássico de gerar apenas e tão somente lucro”²²³.

Por conseguinte, a compreensão da empresa não deve ser feita a partir dela mesma. Antes, deve partir da análise de seu papel enquanto instituição social transcendentemente à sua estrutura nuclear, isto é, à sua organização econômica. A análise impõe, assim, um espectro de reflexão amplo, no qual as atividades empresariais sejam tematizadas, tal como a sociedade, sob a perspectiva da teoria crítica²²⁴.

O mesmo entendimento é partilhado por Samuel Carvalho de Benedicto, de acordo com quem as atribuições da empresa ultrapassam a geração de riquezas. Há que se admitir, hodiernamente, que estas possuem um compromisso com o desenvolvimento da sociedade que vai, inclusive, além do pagamento de tributos ou da geração de riquezas. Para o estudioso, as companhias devem “assumir um compromisso de parceria com a sociedade, produzindo ações duradouras, que levem em conta o bem-estar da comunidade na qual a empresa está inserida”²²⁵. Isto é reforçado pelo fato de que as relações entre sociedade e empresa orientam-se pelo mutualismo: uma não subsiste sem a outra. Em outras palavras, “o colapso da sociedade determinaria automaticamente a extinção de qualquer modalidade de empresa”²²⁶.

Ainda no que diz respeito à responsabilidade social, outro ponto importante a ser destacado é que esta sobressai aos efeitos jurídicos conferidos à responsabilidade civil e penal. Estas denotam a imputação de uma obrigação indenizatória, no primeiro caso, ou cominação de determinação penal, no outro. Retratam, assim, aspectos retributivos da responsabilidade. Dito de outro modo, as consequências de determinada ação jurídica já detêm determinada tipificação, razão pela qual “a dimensão normativa da responsabilidade recai apenas nas consequências ou omissões daquilo que foi produzido pelo ato”²²⁷.

É preciso não olvidar, contudo, que a responsabilidade possui, também, um aspecto atributivo, já que é atribuída a determinado agente ou organização. Sem isto, inclusive, não há de quem exigir-se pretensão indenizatória ou punitiva. E não há que se falar em atribuição sem que haja o exercício da autonomia. Por consequência, é possível afirmar que a autonomia não se restringe, apenas, ao exercício da liberdade de escolha – sob uma perspectiva estritamente liberal. Antes, “envolve uma implicação moral, pois se refere a ações que

²²³ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; BANNWART, Michele Christiane de Souza. p. 120.

²²⁴ Idem, *ibidem*, p. 126.

²²⁵ BENEDICTO, Samuel Carvalho de; *et. al.* Surgimento e evolução da responsabilidade social empresarial: uma reflexão teórico-analítica. In: SILVA FILHO, Cândido Ferreira da; *et. al.* (Orgs.). *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. Campinas: Alínea, 2008. p. 71-72.

²²⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²²⁷ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; BANNWART, Michele Christiane de Souza. *op. cit.* p. 126.

disponham de condições para atenderem aos quesitos da universalização, que, enfim, acolham a humanidade como um fim em si mesmo (direitos humanos)”²²⁸.

Justamente, por esta razão, defende-se que a responsabilidade social encontra-se circunscrita a um pressuposto moral que, por sua vez, visa atender preceitos normativos de validade universal, os quais superam até mesmo questões éticas e jurídicas adstritas a fronteiras de determinado país²²⁹.

Isto, também em razão do fato de que o poder econômico das empresas supera, inclusive, ao de muitos países²³⁰. É inegável, pois, que as decisões corporativas podem ter impactos sociais, ambientais e políticos a nível global, superando núcleos regionais. Trata-se de uma realidade que não pode ser preterida. Como exemplo do que se quer dizer, menciona-se que a apreensão da responsabilidade social, pelas companhias, pode levar a investimentos ligados à saúde e segurança do trabalhador o que, por sua vez, diminui o risco de acidentes e ações judiciais. O mesmo com relação às condições socioambientais em que as atividades são desenvolvidas.

Esta dinâmica, contudo, deve ser apreendida no cenário econômico-industrial em que as empresas encontram-se inseridas. E, neste ponto, ressalta-se que, ao estudar as teorias e fatos históricos relacionados ao mercado, John Sutton constatou que os resultados corporativos dependem dos inúmeros detalhes dos modelos adotados pelas companhias, os quais, todavia, são difíceis de medir ou identificar²³¹.

Com efeito, as decisões tomadas em estágios iniciais da atividade empresarial podem ser modeladas de várias formas. Por vezes, as companhias tomam decisões de maneira simultânea. Em outros casos, realizam várias decisões em estágios diversos. Desta forma, verifica-se que a gama de possibilidades para estabelecimento de padrões e modelos industriais são amplos e significativos. E, a partir deles, os resultados obtidos por meio dos modelos adotados depende da forma e momento em que essas decisões são tomadas. Daí porque a justificativa de um novo modelo, apenas a partir de constatações empíricas, pode ser uma tarefa árdua²³². Há que se considerar as particularidades e fase de desenvolvimento da cada empresa.

Estas considerações, atreladas ao cenário empresarial hodierno – em que a sociedade passa a exigir da empresa um olhar mais atendo às necessidades não apenas de ordem

²²⁸ Idem, *ibidem*, p. 126-127.

²²⁹ Idem, *ibidem*, p. 127.

²³⁰ OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

²³¹ SUTTON, John. *Technology and Market structure: theory and history*. Cambridge: The MIT Press, 2001. p. 5.

²³² Idem, *ibidem*, p. 7.

financeira – demonstram que as decisões tomadas dentro das companhias tendem a ser mais exitosas se estão acima das exigências de natureza estritamente jurídico. Estar em conformidade com os anseios sociais – no qual inseridos o cuidado com o meio ambiente e com o consumidor, por exemplo – torna-se um diferencial de mercado, mesmo porque, paulatinamente, os sujeitos estão mais propícios a preferir produtos e serviços socialmente responsáveis, ainda que mais caros²³³.

Por esta razão, verifica-se ser possível conciliar as ações empresarias – marcadas pela racionalidade lucrativa e instrumental – com práticas de responsabilidade social – orientadas pela razão comunicativa –, inclusive como forma de obter mais êxito econômico. Para Marlene Kempfer, escolhas como estas têm o condão de proporcionar relacionamentos construtivos e uma cultura voltada à cidadania empresarial²³⁴. Isto, por sua vez, tende a proporcionar processos de aprendizado, cuja utilização torna-se legítima para melhoria da competitividade em face de companhias despreocupadas com responsabilidades econômicas, sociais e ambientais. Nas palavras da autora:

Conduitas que considerem como referências a ética jurídica e moralidade universal em relação à humanidade, permitirão avaliar as empresas e ficarão convencidas e de que atuar conforme esses critérios será lucrativo, pois terão acréscimos naquilo que é mais importante para a permanência no mercado: o capital social²³⁵.

Ainda, ressalta-se que, quando as empresas voltam-se à uma consciência de natureza cidadã, tendem a incorporar em seus valores e atividades pressupostos éticos como baliza norteadora de suas condutas. Estes, por sua vez, tem o condão de direcionar as ações no sentido de respeito para com os interesses de todos os agentes que se relacionam com a companhia²³⁶.

Em sentido semelhante, posiciona-se Adela Cortina. De acordo com a filósofa, o objetivo da atividade empresarial é, essencialmente, a satisfação de necessidades humanas. Para tanto, as companhias fazem uso da implementação de determinado capital, composto, principalmente, pelo capital humano. Em razão da importância que os recursos humanos detém dentro das companhias, é que estas devem estar preocupadas não apenas com a satisfação das necessidades econômico-financeiras, mas, também, com o desenvolvimento da

²³³ OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *op. cit.*, p. 129.

²³⁴ KEMPFER, Marlene. Parâmetros interculturais para a responsabilidade social empresarial. In: BANNWART JR., Clodomiro; et. al (Org.). *Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013. p. 176.

²³⁵ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²³⁶ BENEDICTO, Samuel Carvalho de; et. al. *op. cit.*, p. 71-72.

capacidades de seus colaboradoras. Sem isto, isto é, sem a promoção dos valores de liberdade, igualdade e solidariedade a empresa será incapaz de alcançar seus objetivos²³⁷.

Nesta métrica, a ética empresarial carrega valores irrevogáveis, traduzidos na qualidade dos produtos, mas, também, de sua gestão. Além disto, preconiza honestidade em seus serviços; respeito mútuo em suas relações (internas e externas), bem como cooperação para alcance da solidariedade autêntica. Isto tudo, com a finalidade de explorar o máximo de suas capacidades, de modo que os indivíduos possam dela se beneficiar, no que se insere a criatividade, a iniciativa e o espírito de risco desenvolvidos na companhia²³⁸.

Ainda a este respeito, Adela Cortina ressalta que a ética econômica e empresarial detém teor discursivo, este último próprio – conforme já salientado – do agir comunicativo. Isto significa que a aplicação da ética no ambiente corporativo pressupõe que todos os afetados pela atividade empresarial sejam considerados cidadãos econômicos, “cujos interesses é preciso ter dialogicamente em conta na tomada de decisões”²³⁹. E mais: ao admitir-se que a ética discursiva considera qualquer indivíduo relacionado à empresa como interlocutor válido, incentiva-se um diálogo entre tais sujeitos com a finalidade de entrever quais interesses são passíveis de universalização²⁴⁰. Mas não é só: “aplicada essa consciência moral crítica ao mundo da empresa, o primeiro resultado que se nos oferece é o de que cada um dos afetados pelas decisões empresariais é um cidadão econômico, e não um súdito; um protagonista, e não um sujeito paciente da atividade empresarial”²⁴¹.

Disto decorre o fato de que o conjunto das necessidades a que a atividade empresarial visa satisfazer sofre um aumento considerável. Já não se incumbe, apenas, de bens de consumo, mas estende-se a questões outras que superam o âmbito financeiro. Para a autora, o resultado final disto contempla bens não só tangíveis, como intangíveis – de natureza simbólica, portanto. Estes, a seu turno, podem verterem-se em diversas modalidades, que partem, no entanto, de uma nota comum: “propiciar a harmonia e a cooperação no interesses da empresa até assumir a responsabilidade social pelo entorno”²⁴².

Como consequência, compreende-se como empresa cidadã aquela que atua mediante a assunção de responsabilidades sociais como algo é próprio de suas atividades. E, com isto, não descarta das nuances econômicas, sociais e ambientes em busca de um benefício material

²³⁷ CORTINA, Adela. *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 43.

²³⁸ Idem, *ibidem*, p. 43.

²³⁹ CORTINA, Adela. *Cidadãos no mundo: para uma teoria da cidadania*. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005. p. 79.

²⁴⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 80.

²⁴² Idem, *ibidem*, p. 83.

exponencial, impensado²⁴³. Isto, de acordo com Adela Cortina, revela a inteligência de determinadas companhias, já que, agindo desta maneira, adquirem legitimidade social, o que, por sua vez, gera credibilidade e estabelece uma cultura de confiança entre seus membros²⁴⁴.

Noutro dizer:

Para desenvolver sua atividade de forma legítima em uma sociedade moderna, uma empresa inteligente e ética deve atender [...] as exigências da consciência moral crítica alcançada por essa sociedade. Nas sociedades com democracia liberal, tais exigências são as apresentadas pelo princípio da ética discursiva, formulado previamente²⁴⁵.

Em face de todo o exposto, evidencia-se que a atividade empresarial, embora inserida em uma economia de mercado, deve estar atenta aos pressupostos legais para seu exercício, consubstanciados nos princípios da ordem econômica, de guarida constitucional. Mas, além disto, devem observar os anseios sociais agora exigidos das companhias, como condição ao resgate da confiança por parte da sociedade, sem o que resta inviabilizada a própria relação entre companhias e seus respectivos fornecedores/consumidores.

2.3 DA POTENCIAL INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Em síntese, discorreu-se, até então, que as atividades empresariais realizam-se em um contexto marcado pela dualidade de ações: uma, de natureza instrumental e, outra, de natureza comunicativa. Ainda, demonstrou-se que a reestruturação das relações socioeconômicas deu-se no sentido de que as companhias subsistem, a princípio, mediante a persecução do lucro, o que, por sua vez, leva à prevalência da reprodução material da vida sobre a simbólica. Os efeitos desfavoráveis disto, no entanto, se fizeram sentir diante das consequências negativas de ordem social, a exemplo da desigualdade de recursos e distribuição de renda.

A despeito disto, verificou-se que a economia de mercado foi adotada como modelo econômico, inclusive a nível constitucional. Contudo, os principais elementos decorrentes deste modelo – livre iniciativa e livre concorrência – devem ser exercidos em consonância com os demais princípios da ordem econômica, como é o caso da função social. Isto, atrelado as diversas funções inerentes às atividades corporativas, levou a constatação de que as

²⁴³ Adela Cortina explica que o alcance deste conceito adveio, também, da produção de um conjunto de mudanças na concepção da empresa. Dentre tais alterações destaca-se a superação do modelo taylorista, marcado por uma relação estritamente hierárquica, para uma estrutura pós-taylorista, “no qual as relações internas são de co-responsabilidade” In: CORTINA, Adela. *Cidadãos no mundo: para uma teoria da cidadania*. *op. cit.*, p. 83.

²⁴⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 147.

companhias devem preocupar-se com uma ação voltada à responsabilidade social, até mesmo como forma de resgatar a confiança nela depositada pela sociedade.

Como consequência, certificou-se que as práticas marcadas pela racionalidade lucrativa e instrumental podem – e devem – compatibilizarem-se com condutas éticas, voltadas à persecução da justiça social. Isto decorre não apenas de uma imposição legal – associada aos princípios constitucionais da ordem econômica – como também do anseio social pela busca de confiabilidade e transparência nas atividades desenvolvidas.

A operacionalização disto, contudo, faz-se sentir nas empresas de maneira distintas, a depender do complexo número de operações e mecanismos de gestão encontrados em cada uma delas. É que, de acordo com a variação do bem produzido ou serviço prestado, cada companhia tem uma forma específica de organizar-se. Diante disto, o presente estudo visa analisar como o equilíbrio entre a atividade corporativa e o mercado pode dar-se em uma empresa específica, a saber, àquela voltada ao serviço de saúde.

Para esta tarefa, no entanto, cumpre percorrer os desafios que o mercado impõe a este tipo de corporação e a potencial instrumentalização que os serviços de saúde podem atravessar em razão dos interesses econômicos e financeiros que informam a empresa. E, para tanto, faz-se mister percorrer a conjuntura dos serviços de saúde na contemporaneidade, a fim de justificar a releitura das atividades corporativas desempenhadas a este nível. Isto, tendo em conta que, se todas as empresas detêm importantes repercussões na sociedade, aquelas voltadas aos serviços de saúde o fazem com ainda maior intensidade, já que diretamente atreladas à tutela dos direitos fundamentais mais elementares, a saber: a vida e a saúde do ser humano.

2.3.1 Conjuntura dos Serviços de Saúde na Contemporaneidade

Como visto, o mercado hodierno é marcado pela competitividade em níveis elevados. Além disto, tem-se um cenário econômico incerto, produto de constantes transformações tecnológicas voltadas às áreas biológicas. Estas circunstâncias, associadas à crescente regulamentação do setor de saúde e necessidade de demonstração da eficiência da assistência médico-hospitalar, impõe constantes e sucessivos desafios às empresas ligadas a este setor.

Por este motivo, a implantação de mecanismos de gestão, capazes de viabilizar ditas atividades, tem-se revelado indispensável²⁴⁶. Todavia, a contemplação das nuances genéricas

²⁴⁶ COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. *op. cit.*, p. 1.

do mercado revela-se insuficiente para esta tarefa. Ditos mecanismos devem, também, estar atentos às características peculiares dos hospitais, dentre as quais destacam-se, principalmente duas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que as empresas ligadas aos serviços e saúde apresentam custo fixo elevado. Estima-se que 70% (setenta por cento) do custo de empresas hospitalares seja fixo. Daí a necessidade de os temas estratégicos abrangerem questões relacionadas à eficiência operacional, no que insere-se i) mapeamento de processos; ii) interação destes procedimentos; iii) descrição de tarefas; e iv) desenvolvimento de padrões operacionais em termos de processos e tarefas desenvolvidos pelos indivíduos responsáveis²⁴⁷.

A segunda das características refere-se à miríade de processos executados em tais empresas que são não apenas complexos como variáveis. Esta circunstância tende a levar ao aumento da ineficiência, considerando que, não raras vezes, a interação entre estes revela-se defeituosa ou ineficiente. De acordo com Renato Couto e Tania Pedrosa, esta característica “reforça a necessidade de contemplar o tema estratégico excelência operacional”, que, assim como no primeiro caso, “pode ser obtida com mapeamento de processos, descrição de tarefas, capacitação dos trabalhadores e outras ferramentas de qualidade”²⁴⁸.

Nesta perspectiva, no entanto, Valdir Ribeiro Borba salienta que “o setor hospitalar não tem utilizado todo o potencial técnico das ciências administrativas e do processo de gestão”²⁴⁹. Na maioria das vezes, está desatento ao fato de que a busca pela qualidade de produtividade empresarial demanda redução de custos e aumento da lucratividade de uma forma auto-sustentável²⁵⁰.

Para persecução deste objetivo, o autor salienta a necessidade de idealizar-se a construção e implementação de planejamento estratégico, já que este é o responsável por dirigir esforços empresariais em direção à concretização de determinadas expectativas. Também no setor voltado ao serviço de saúde, importa identificar o *telos* – eleita pelos envolvidos – para percorrer o caminho necessário à sinergia da estrutura organizacional²⁵¹.

Noutro dizer, o planejamento estratégico traduz-se em uma fase do processo decisório, “na qual se inter-relacionam recursos, pessoas e competências, de forma integrada, sendo

²⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 218-219.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁴⁹ BORBA, Valdir Ribeiro. *Do planejamento ao controle de gestão hospitalar: instrumento para o desenvolvimento empresarial e técnico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006. p. 47.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 146.

²⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 195.

sensibilizado pelas contingências ambientais e características empresarias, visando à obtenção de alcance de objetivos predefinidos²⁵². E mais:

É o momento que a instituição tem para analisar seu ambiente externo (oportunidades e ameaças), setorial (concorrência) e interno (pontos fortes e fracos) e, a partir das informações obtidas, traçar estratégias que resultem em vantagens competitivas e, conseqüentemente, numa posição competitiva no setor hospitalar. Portanto, planejamento estratégico é o repensar de uma organização que se volta para o futuro e para o ambiente externo em que está inserida²⁵³.

Para a finalidade específica deste estudo, foram eleitas sete situações específicas, a fim de demonstrar a complexidade da atividade empresarial voltada ao setor de saúde que, além da integração entre os vários processos que lhe são inerentes, deve estar atenta às nuances do mercado sem perder de vista, com isto, a responsabilidade social. Todas as sete circunstâncias visam, assim, expor a conjectura dos serviços de saúde na contemporaneidade tendo em vista a perspectiva dual que os informa, ou seja, a ação instrumental e o agir comunicativo. Isto para que, uma vez identificadas, seja possível construir soluções voltadas ao equilíbrio necessário entre o mercado e os interesses sociais, mediante o planejamento estratégico. Este, por sua vez, visto não apenas de maneira genérica, mas orientado a mecanismos específicos capazes de balizar os interesses conflitantes havidos no âmbito hospitalar.

A primeira das circunstâncias diz respeito à ausência de consenso a respeito das medidas terapêuticas adotadas em pacientes que encontram-se em fase terminal, situados em Unidade de Tratamento Intensivo. De acordo com Marlise Barros de Medeiros, não há um consenso acerca das técnicas que devem ser empregadas em tais casos, o que constitui um dilema ético para os profissionais de saúde. Isto porque deve-se escolher aquela que não trará conseqüências danosas ao paciente, o que implica não apenas respeito à sua saúde, mas também a seus valores. Esta situação, por sua vez, leva a outras discussões, referentes à distanásia – prolongamento excessivo da vida de determinado paciente, causando-lhe ansiedade de desconforto²⁵⁴.

Paralelamente a isto, destaca-se que determinados profissionais de saúde recebem uma diretriz consistente na Ordem de Não Ressuscitar. A prática tem demonstrado que, a despeito desta ordem, os profissionais não são instruídos acerca da melhor estratégia a ser adotada em casos de doenças terminais. Isto decorre, por vezes, da ausência de critérios aptos a apurar se os cuidados estão prolongando a vida ou adiando a morte dos pacientes. E, além disto, advém

²⁵² Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁵³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁵⁴ MEDEIROS, Marlise Barros de. *et. al. Dilemas éticos em UTI: contribuição da Teoria dos Valores de Max Scheler*. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília, 2012. mar-abr. 65 (2): 276-84. p. 4.

da falta de instrução acerca da utilização da tecnologia de que dispõe nas hipóteses em que o paciente ou sua família não dispõe de recursos financeiros para arcar com o tratamento, a princípio, necessário²⁵⁵.

Outra questão a ser destacada diz respeito à utilização de recursos materiais e limitação de infra-estrutura das empresas voltadas aos serviços de saúde. No cotidiano hospitalar, há que se ponderar se a utilização de determinada tecnologia revela-se razoável em pacientes graves, ainda que estes indiquem menor chance de responder ao tratamento empreendido²⁵⁶. A falta de material e o gerenciamento deste pode revelar-se, assim, uma preocupação diária. O que demonstra um inquestionável debate ético entre a escolha de utilização de determinado material/tecnologia em face de um paciente em detrimento do outro, a depender a probabilidade – e, portanto, de um critério a rigor subjetivo – de resposta.

Além destas circunstâncias, destaca-se a problemática inerente à transfusão de sangue em pacientes com restrições religiosas²⁵⁷. Não há, também neste aspecto, consenso ou mesmo instrução suficiente acerca daquelas que devem ser as cautelas e condutas a serem observadas em tais casos. Não são raros os questionamentos relacionados aos limites de interferência médica na vida de determinado paciente que não quer ser tratado em que isto implique negligência. A consequência desta falta de orientação reflete não apenas na vida dos pacientes em que se realiza (ou não) a transfusão de sangue, como também traz insegurança à empresa hospitalar e seus funcionários que, a depender do caso, podem ser responsabilizadas civil ou criminalmente.

Ao lado dos questionamentos éticos apontados, com impactos financeiros no setor corporativo voltado à saúde, destaca-se que os hospitais e clínicas também estão sujeitos à fraudes e atos de corrupção. São situações que reforçam a constatação de que a persecução do lucro, por si só, é prejudicial, já que pode justificar meios desprovidos de qualquer reflexão moral. Neste sentido, destaca-se a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) voltada à investigação de uma operação que, mais tarde, veio a ser conhecida como Máfia das Próteses e Órteses.

De acordo com o relatório final da CPI em comento, dezesseis empresas estariam envolvidas na prática de atos delituosos consistentes em estelionato, associação criminosa,

²⁵⁵ SORATTO, Maria Tereza. *et. al. Dilemas éticos da equipe de enfermagem frente à ordem de não ressuscitar*. Revista Bio&Thikos. Centro Universitário São Camilo. 2010 (4). 431-436.

²⁵⁶ MEDEIROS, Marlise Barros de. *et. al. op. cit.*, p. 4.

²⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 5.

falsidade ideológica, dentre outros²⁵⁸. Consoante o documento, profissionais de saúde empregavam – há décadas – preços altos, de maneira inexplicável, na aquisição de órteses e próteses. Sem descuidar do caráter antiético destas práticas, o fato de estarem ligadas a condutas ilegais culminou na criação da CPI²⁵⁹. Ainda a respeito da Máfia das Próteses, nota-se que os envolvidos não apenas superfaturavam o preço dos respectivos produtos, como também indicavam cirurgias sem necessidade. Há indícios de que a prática tenha movimentado mais de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) em detrimento da saúde física e financeira de centenas de pessoas²⁶⁰.

Ainda a respeito das situações que demonstram a complexidade das atividades empresariais, destaca-se as hipóteses em que as entidades hospitalares e clínicas podem ser responsabilizadas em âmbito civil, mediante a fixação de indenização de indenização em seu desfavor. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a responsabilidade objetiva para os hospitais – entendidos como prestadores de serviço, conforme redação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁶¹, limita-se aos serviços referentes ao estabelecimento empresarial, como a estadia do paciente (internação), equipamentos e serviços auxiliares (exames) e instalações. Isto é, ao fornecimento de recursos materiais (e humanos) adequados à prestação de serviços médicos a à supervisão do paciente, “hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado”²⁶².

Significa dizer que, no que se refere à atuação dos médicos que trabalham em ditas corporações ou são a elas ligados por meio de convênio, a responsabilidade dos hospitais é subjetiva e depende, assim, da demonstração da culpa do profissional. Nestas hipóteses, havendo exclusão de culpa do médico, não há que se responsabilizar a empresa hospitalar²⁶³. Ainda, caso os atos sejam praticados por médicos sem vínculo empregatícios ou de

²⁵⁸ MATTOS, Isadora Benvenuti de; MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin. Crimes do colarinho branco: estudo criminológico do uso abusivo de tecnologias médico-cirúrgicas em procedimentos cardiológicos. In: SILVEIRA, Alexandre Marques; BUZZATTI, Anna Maria Stella; CADORES, Caroline Bresolin Maia (Orgs). *Direito, Democracia e Dano Social*. Porto Alegre: Fi, 2018.

²⁵⁹ Idem, ibidem.

²⁶⁰ G1. *Máfia das próteses*: médicos são presos no DF na 5ª fase da operação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/05/03/mafia-das-proteses-medicos-sao-presos-no-df-na-5a-fase-da-operacao.ghtml>>. Acesso em 01 de jun. 2019.

²⁶¹ Artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. In: BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 07 de jun. 2019.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial nº 1097590/MG*. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 11/04/2019. DJe 08/05/2019.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1664908/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24/10/2017. DJe 30/10/2017.

subordinação com o hospital, a conduta é imputada ao profissional de maneira pessoal. O hospital é, pois, eximido de qualquer responsabilidade, conforme interpretação conferida pela Corte ao artigo 14, §4º, do diploma consumerista²⁶⁴.

A fim de melhor exemplificar as circunstâncias em comento, mencionam-se dois casos em que foi reconhecida a responsabilidade civil (objetiva) das entidades hospitalares. No primeiro deles, houve a troca de bebês em determinada maternidade, descoberta treze anos após o incidente. A situação foi enquadrada como falha na prestação de serviço da empresa e, uma vez reconhecidos os danos causados aos pais e seu respectivo filho, fixou-se indenização em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada um deles. O julgamento foi ementado da seguinte maneira:

[...] No caso em exame, está configurada a responsabilidade objetiva do hospital recorrente pelos danos causados aos autores da demanda (pais e filho), em virtude da troca de bebês ocorrida em sua maternidade, pois trata-se de defeito na prestação de serviço diretamente vinculado à atividade exercida pela entidade hospitalar, nos termos do caput do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 4. Considerando as peculiaridades do caso concreto, entende-se que não está configurada a alegada exorbitância do valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais, em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), para cada um dos autores, sobretudo em razão da gravidade do resultado advindo do, no mínimo, descuido do hospital de permitir a troca de recém-nascidos em seu estabelecimento. Tal fato somente veio a ser descoberto pelos pais e filhos treze anos depois do ocorrido, o que ensejou maior consolidação da situação equivocada ao longo do tempo, aumentando sobremaneira o sofrimento psicológico dos autores ao tomarem conhecimento do evento danoso. A omissão do hospital ensejou graves consequências na vida das duas famílias envolvidas, de modo que a indenização a título de danos morais somente terá o condão de amenizar o estrago causado, além de penalizar a ora agravante por sua conduta negligente [...] ²⁶⁵.

No segundo caso, o hospital foi responsabilizado pela falha na prestação de serviços hospitalares que, de acordo com a prova produzida nos autos, implicou a morte do filho dos autores por infecções hospitalares e pneumonia. O valor da indenização, a título de danos morais, foi fixado em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)²⁶⁶.

A última das circunstâncias escolhidas para indicar a complexidade das atividades hospitalares – em que as escolhas podem ter repercussões negativas tanto no que diz respeito aos aspectos financeiros quanto à saúde e vida dos pacientes – refere-se às modalidades de

²⁶⁴ Artigo 14, §4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. In: BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. op. cit.*

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial nº 1097590/MG. op. cit.*

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial nº 1359566/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 18/06/2019. DJe 28/06/2019.*

remuneração do trabalho médico. De acordo com Sábado Nicolau Girardi, a opção por um método de pagamento e contratação destes profissionais:

[...] constitui escolha estratégica para a gestão de sistemas de saúde, na medida em que produz impacto direto no volume de serviços prestados à população, na qualidade desses serviços e nos possíveis graus de universalidade e equidade de acesso, sendo portanto, fator determinante da qualidade dos gastos setoriais²⁶⁷.

Para melhor elucidar a questão, ressalta-se que o trabalho médico pode ser remunerado por meio de várias modalidades. Dentre elas, destaca-se i) o pagamento direto por serviços prestados, pactuados de maneira autônoma entre o profissional e o paciente (*fee-for-service*) ii) o pagamento baseado em determinada tabela de valores referentes a serviços e procedimentos (*fee-schedule*); iii) o pagamento por diagnóstico e/ou casos, hipótese em que não se verifica a quantidade de atendimentos prestados; e (iv) o pagamento por tempo fixo²⁶⁸.

O autor destaca que o regime de pagamento por honorários ou unidade de serviço nos pacientes tende a apresentar pontos positivos, decorrentes do fato de que a remuneração é feita de maneira retrospectiva. Assim, o tratamento despedido pelo profissional revela-se, geralmente, de bom nível e alta qualidade. O aspecto negativo, no entanto, consiste na possibilidade de que os pacientes venham a sofrer intervenções desnecessárias, já que isto implicaria em aumento dos rendimentos médicos. Para tanto, os profissionais geralmente valem-se da relação de confiança existente entre eles e seus pacientes, o que proporciona um procedimento conhecido como demanda induzida²⁶⁹.

Todas estas circunstâncias indicam que a atividade empresarial voltada aos serviços de saúde, além de inserir-se da relação dual que informa a economia de mercado, detém características específicas que lhe atribuem ainda maior complexidade. Isto advém, na maioria das vezes, pelo fato de que as escolhas do ambiente hospitalar devem levar em conta, a um só tempo, questões de natureza financeira e suas implicações na saúde e vida dos pacientes. Ocorre que, conforme demonstrado, o primeiro elemento – lucro – sobressai àquela que deve ser a finalidade de tais companhias: a tutela de ser humano.

Trata-se de uma situação que não se sustenta nem sob a ótica da teoria crítica da sociedade exposta no primeiro capítulo da presente análise, eis que a prevalência das ações de cunho instrumental podem levar a sistematização – e, portanto, desligamento moral – destas

²⁶⁷ GIRARDI, Sábado Nicolau; *et. al.* *Modalidades de contratação de remuneração do trabalho médico: os conceitos e evidências internacionais*. Organização Pan-Americana da Saúde. PWR Brasil. Disponível em: http://www.observarh.org.br/observarh/repertorio/Repertorio_ObservaRH/NESCON-UFMG/Modalidades_contratacao_trabalho_medico.pdf>. Acesso em 07 de jun. 2019. p. 1.

²⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 7.

²⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 19.

atividades. Mas, além disto, não se justifica também sob a ótica dos princípios da ordem econômica, eis que patente o desvio da função social, tampouco sob o enfoque da responsabilidade social das empresas, já que o ser humano é relegado à condição de instrumento à persecução do lucro.

Esclarecido isto, o presente estudo visa destacar quais soluções revelam-se adequadas para superação deste cenário, bem como a forma de operacionalizá-las, sobretudo mediante a adoção de planejamento estratégico. Para tanto, faz-se mister identificar, primeiro, os mecanismos cuja implementação se faz necessária para viabilizar a releitura da atividade empresarial voltada aos serviços de saúde.

2.3.2 Releitura da Atividade Empresarial voltada aos Serviços de Saúde

Do que foi exposto até então, nota-se que os serviços de saúde são fornecidos em um cenário ímpar. A partir de sua secularização, passaram a assumir a forma corporativa e, desde então, encontram-se inseridos em uma economia de mercado. Por vezes, pautados apenas nos pressupostos da livre iniciativa, são exercidos à margem de preceitos morais, dando lugar a práticas coibidas legalmente e desaprovadas socialmente.

Além disto, demonstrou-se que possuem características peculiares, o que singulariza o âmbito no qual são desenvolvidos. Dentre elas, destaca-se a impossibilidade de o paciente – que deseja livrar-se de determinada enfermidade – discutir as medidas terapêuticas prescritas. Circunstância esta que lhe retira o poder de negociação ou discussão acerca do custo do procedimento adotado²⁷⁰.

Há, aos poucos, a substituição da lógica profissional – para a qual a saúde não preço – por uma lógica tecnocrática – indicativa de que a saúde, diferentemente, possui um custo. O que, de certa forma, adveio – ou foi fomentado – pela incorporação de avanços científicos e tecnológicos na área médica, “numa perspectiva de aumento da oferta, desvinculada do financiamento necessário para sua manutenção”²⁷¹.

Com efeito, verifica-se que as organizações hospitalares modernas não podem depender, apenas, de conhecimentos médicos, sobretudo devido à eclosão de cada vez mais subterfúgios para cumprimento de seus objetivos. Isto se faz sentir, inclusive na ramificação

²⁷⁰ RIBEIRO FILHO, José Francisco. *Controladoria hospitalar*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 18.

²⁷¹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

das especializações médicas, responsáveis por engendrar “a pulverização em uma cadeia interdependente do poder institucional”²⁷².

Todas estas situações são indicativas de que os desafios de gestão se fazem presentes no âmbito hospitalar, com maior intensidade na atualidade do que outrora. A necessidade do emprego mais produtivo de recursos escassos, bem como a superação de questionamentos informacionais, ou mesmo o descompasso entre os objetivos da instituição, são exemplos evidentes disto²⁷³.

A experiência tem demonstrado que o bom gerenciamento de uma empresa voltada aos serviços de saúde depende da coordenação de toda a equipe, disposta ao cumprimento de planos previamente estabelecidos. Ações individuais ou competências isoladas, por si só, são insuficientes para esta tarefa. Bem ao contrário, é a congruência de objetivos que deve ser levada em conta. Contudo, não se pode olvidar que o fato de os profissionais possuírem maior grau de autonomia nestes tipos de corporação – mais do que nas outras – pode dificultar este propósito²⁷⁴.

Daí a importância de estabelecer-se um controle gerencial, a partir do qual se consolide um conjunto de ações sistemáticas, capazes de impactar os procedimentos dos colaboradores da empresa, de modo que sua atuação dê-se em atendimento a diretrizes e metas previamente estipuladas. De acordo com José Francisco Ribeiro Filho:

A ideia subjacente para o estabelecimento de um ambiente de controle gerencial está suportada na necessidade de minimizar os riscos inerentes ao processo decisório; estabelecer regras claras para o cumprimento das estratégias estabelecidas para a entidade; e, principalmente, fomentar a otimização no uso dos recursos escassos, conduzindo os desempenhos das pessoas e os resultados da entidade para níveis sempre crescentes.²⁷⁵

Em outras palavras, trata-se de um mecanismo capaz de associar pessoas e recursos, de maneira coerente, em torno de objetivos pré-elencados. Isto, a seu turno, viabiliza a avaliação dos resultados, “gerando as condições de orientação necessárias à continuidade organizacional”²⁷⁶.

Nesta mesma linha de raciocínio, Renato Camargo Couto e Tania Moreira Grillo defendem que a dispersão das ações dos colaboradores se dá, essencialmente, pela falta de esclarecimento a respeito da razão de existência de determinado negócio²⁷⁷. Daí a importância

²⁷² Idem, *ibidem*, p. 19.

²⁷³ Idem, *ibidem*, p. 19.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 17-18.

²⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 15.

²⁷⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁷⁷ COUTO, Renato Camargo; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. *op. cit.*, p. 221-222.

de identificar qual, de fato, constitui a missão de determinada companhia, principalmente daquelas voltadas aos serviços de saúde.

Noutro dizer, na hipótese de os indivíduos que trabalhem ou se relacionem com determinada empresa hospitalar desconhecerem a razão de existir desta, é muito provável que passem a definir uma outra missão, por conta própria. A consequência disto é que a companhia passará a ter uma miríade de razões para existir, cada uma delas determinada individual e isoladamente. Haverá, assim, dispersão de esforços, fato que obstaculizará a consecução de determinado objetivo pelos empreendedores²⁷⁸.

No entanto, a simples formulação de uma determinada missão revela-se, de igual modo, insuficiente. Importa que a finalidade da companhia e sua razão de existir seja, de fato, transformada em ação. E isto apenas ocorrerá quando for coletivamente compreendida e efetivamente apreendida pelos sujeitos que integram o ambiente corporativo hospitalar, como um todo. Para os autores, este objetivo é atingido mediante o estabelecimento de um “programa formal de disseminação e discussão do significado da missão no dia-a-dia de cada setor e com cada novo colaborador que é admitido na organização”²⁷⁹.

Nesta perspectiva, salientam ainda que:

A organização é um sistema que existe para entregar valor a todas as partes interessadas: cliente, acionista, trabalhador, sociedade, fornecedores, governo, órgãos reguladores. A sobrevivência a longo prazo só é possível se o sistema conseguir alcançar esse objetivo. Portanto, é necessário definir claramente as partes interessadas, quais são os valores desejados e que devem ser entregues entre as partes. O planejamento estratégico é realizado para agregar esses valores²⁸⁰.

Estas considerações corroboram a ideia defendida por Fábio Nusdeo no sentido de que a empresa moderna não pode considerar em maximizar apenas uma variável (o lucro). Antes, deve procurar maximizar uma função complexa, cujas outras variáveis passam a ser determinadas pelo ambiente em que localizada²⁸¹.

E compreender o ambiente em que inserida para eleição de uma missão adequada, implica na consolidação de reformas, dentro da empresa hospitalar, voltadas a um consenso amplo, num processo de constante aprendizado. Consenso este que não indica estagnação,

²⁷⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 222.

²⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 222.

²⁸¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico. op. cit.*, 2005. p. 261.

antes pressupõe a convergência de pensamento acerca das relações fundamentais estabelecidas entre os meios e os fins inerentes à economia²⁸².

Tudo isto, porém, não pode ser realizado sem que o conteúdo da missão elegida por determinada empresa seja refletida sob uma perspectiva ética. Mesmo porque a fundação da ética é, hodiernamente, “uma questão urgente e inevitável em face da inflação cultural do objetivismo científico e do caráter privado e subjetivo da decisão moral”²⁸³. É que a cultura científica da modernidade foi, dentre outras causas, a responsável por impor a ideia cientificista da objetividade, esvaziando qualquer ideia de validade intersubjetiva do campo dos saberes²⁸⁴.

Mas, além disto, a concepção das responsabilidades assumidas pela empresa atrelada ao serviço de saúde deve ter em conta, a concepção de justiça que envolve o cultivo da virtude e da preocupação com o bem comum. E diz-se isto porque, em uma sociedade justa, importa que os sujeitos, sobretudo no âmbito corporativo, afastem-se de concepções estritamente individualistas e baseiem-se no respeito mútuo. Ora, “uma política de engajamento moral não é apenas um ideal mais inspirador do que uma política de esquiva do debate. Ela é também uma base promissora para uma sociedade justa”²⁸⁵.

Destarte, é possível compreender que a releitura da atividade empresarial hospitalar deve coadunar o lucro – sem o qual não subsiste – com condutas éticas, voltadas ao bem estar da coletividade e, de maneira mais específica, de seus pacientes e colaboradores. Esta tarefa, como visto, pressupõe o gerenciamento de tais entidades, cuja atividade deve orientar-se para um fim específico, isto é, para uma missão consagrada dialogicamente entre os envolvidos.

Tão importante quanto apurar que as ações financeiras – sistêmicas e instrumentais – devem equilibrar-se com condutas éticas dentro da empresa hospitalar – o que, como exposto, se dá por meio da eleição de valores dinamizados pelo planejamento estratégico – é identificar quais são estes valores e como podem, de fato, serem operacionalizados.

Trata-se de algo, contudo, que pressupõe a identificação de quais diretrizes podem, de fato, balizar os interesses – a princípio – antagônicos colocados no decorrer deste estudo: de um lado, a persecução do lucro, sob a sistemática instrumental e, de outro, a busca pelo bem

²⁸² HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. O Estado no início e na consolidação da reforma orientada para o mercado. In: SOLA, Lourdes (Org.). *Estado, mercado e democracia: política e economia comparadas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 145.

²⁸³ ABREU, Luís Machado de. Da ética do sábio à moral cosmopolita. In: ALVES, João Lopes (Coord.). *Ética e o futuro da democracia*. Lisboa: Colibri, 1998. p. 109.

²⁸⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁸⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 330.

estar da coletividade (ética), mediante a observância de condutas morais (justiça), de natureza comunicativa (linguagem).

Para a finalidade deste estudo, tais diretrizes foram buscadas no âmbito do Direito Civil, em razão da natureza essencialmente negocial que informa as empresas hospitalares privadas; nos referenciais bioéticos que, por evidência, relacionam-se com os serviços de saúde e, por fim, no compliance como mecanismo apto a operacionalização dos princípios elencados.

3. EMPRESAS PRESTRADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE E MERCADO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO

Tudo o que foi exposto até então demanda perspectivas práticas de aplicabilidade. Daí porque o presente estudo pretende abordar três das principais soluções que podem ser conferidas à possibilidade de releitura da atividade empresarial voltada ao serviços de saúde. A primeira delas origina-se do fato de que, entre o mercado e a ética, há um aspecto que não pode ser olvidado: as relações empresariais, no âmbito privado, desenvolvem-se, a rigor, à luz das relações entre particulares. Por esta razão, faz-se mister compreender os princípios que têm informado o ramo jurídico expoente de tais relações, qual seja, o Direito Civil.

E assim porque a constitucionalização do Direito Civil possui importantes reflexos na atividade empresarial, que, conforme já salientado, não se desenvolve sem a compreensão de institutos como a propriedade e os contratos. Logo, tais elementos não podem ser preteridos na releitura da reorganização das corporações, sob a perspectiva normativa. Destarte, este contexto impõe a análise dos impactos advindos da principiologia contratual contemporânea nas atividades empresarias voltadas ao setor de saúde.

De outro lado, destacou-se que estas companhias, em especial, desenvolvem-se em um âmbito diferente das demais, porque lidam – muito mais diretamente – com questões atreladas à saúde e à própria vida. Por este motivo, a releitura das atividades desenvolvidas nestes âmbito pressupõe, também, a compreensão das balizas bioéticas e seus reflexos contratuais e normativos. Sendo assim, fundamental proceder a análise – ainda que breve – dos elementos fundamentais ligados a esta temática.

Por fim, há que se operacionalizar as soluções apontadas por meio de um mecanismo capaz de implementá-las nas empresas ligadas aos serviços de saúde. É que se tais pressupostos – ligados à bioética e à principiologia contratual contemporânea – não forem inseridas no planejamento de determinada companhia, de nada adiantará que esta elenque

valores não efetivados. Justamente neste contexto, exsurge a importância do compliance como forma de transmutar as soluções apontadas em termos práticos, viabilizando, assim, a observância ética no desenvolvimento da atividade empresarial, ainda que em uma economia de mercado.

3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Assim como a sociedade e as atividades empresariais, também o ramo do Direito responsável por regularizar a relação negocial entre indivíduos passou por significativas transformações. Estas, por sua vez, possuem reflexos diretos na atividade empresarial ligada aos serviços de saúde já que inúmeras das condutas adotadas neste âmbito perpassam temas próprios do Direito Civil, a exemplo da responsabilização dos sujeitos, da confecção de contratos e critérios a serem observados na formulação e interpretação destes.

A bem ver, nenhuma atividade empresarial que pretenda ser, de fato, agasalhada pelo Direito pode descurar das mudanças que este vem enfrentando, tampouco deixar de adaptar-se a elas. Isto fica ainda mais evidente no âmbito empresarial, em que o desrespeito às normas jurídicas podem ensejar responsabilização civil ou mesmo criminal. Mas, além disto, é importante assinalar que estar em conformidade com o ordenamento jurídico – inclusive sob o aspecto negocial – revela-se um critério norteador de que as práticas que estão sendo realizadas estão adequadas aos fins perseguidos por tal sistemática. E isto, a rigor, indica que a empresa está em conformidade com o que a sociedade, a princípio, requer, sobretudo porque se está diante de um Estado Democrático de Direito, no qual a vontade popular tem papel primordial.

Diante disto, faz-se mister compreender em que termos o Direito Civil deve ser compreendido atualmente, mormente em razão do processo de constitucionalização enfrentado. E isto, para que seja possível verificar sob quais diretrizes a atividade empresarial hospitalar – vista também sob o ponto de vista negocial – pode operacionalizar suas condutas para atendimento dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico, sem descuidar da persecução do lucro.

3.1.1 Direito Civil na Atualidade: a Importância do Processo de Repersonalização

Como visto, tanto a sociedade quanto a atividade empresarial foram reconfiguradas até que pudessem ser vistas da maneira em que hoje compreendidas. A primeira enfrentou a

passagem das comunidades tradicionais às modernas, pós-tradicionais ou, ainda, pós-convencionais. A principal consequência disto foi a polaridade entre a natureza das condutas que orientam as ações humanas: de um lado, a instrumental e, de outro, a comunicativa. A mesma dualidade se fez sentir, resguardadas as devidas proporções, no âmbito corporativo. Este, embora originalmente orientado sob o viés lucrativo, é continuamente questionado a respeito de seus aspectos éticos e sociais. Daí a importância dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos pressupostos da responsabilidade social da empresa.

Mas não é só: também o Direito Civil – principal norteador das relações jurídicas havidas entre particulares – atravessou mudanças que não podem ser olvidadas. E isto, sobretudo do ponto de vista negocial/contratual, elemento presente no cotidiano empresarial hospitalar sob diversos aspectos: seja na contratação de empregados (princípios gerais do contrato); na relação entre os pacientes (por meio das possíveis interpretações dos termos de consentimento livre esclarecido); ou na observância da função social da empresa, dentre outros.

A principal evolução que se faz sentir, hodiernamente, no Direito Civil foi denominada despatrimonialização ou repersonalização. Sem embargo das discussões que esta diferença terminológica possa suscitar, é relevante apontar, para a finalidade deste estudo, que os processos em questão denotam a tendência normativa-cultural de superação do individualismo e da patrimonialidade, produtivismo ou do consumismo como fins em si mesmos²⁸⁶.

De acordo com Pietro Perlingieri, a divergência entre o momento que antecede dita transformação ao atual consiste no fato de que, agora, busca-se encontrar um aspecto idôneo para tutela do ser humano, que não mine a aspiração econômica, mas tenda a atribuir “uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”²⁸⁷. Em seu dizer:

Os institutos patrimoniais do direito privado não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária: são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais²⁸⁸.

O Código Civil de 1916 é um exemplo claro acerca da imutabilidade dos institutos que informam o direito privado. O diploma em questão foi editado a partir dos valores inerentes à

²⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 33.

²⁸⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

sociedade que carregava, ainda, aspectos coloniais. E, por este motivo, traduziu os aspectos históricos, físicos – e também étnicos – daquele período. Como consequência, ao cristalizar axiologicamente as ideias dominantes daquele tempo, refletiu as concepções filosóficas das classes detentoras de poder político e social, “determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos”²⁸⁹.

Desta forma, o código consagrou princípios do liberalismo, o qual, além de ser defendido pelas classes dominantes, era também apregoado pela classe média. Esta absorvia as contradições existentes entre a burguesia mercantil – para quem deveria haver liberdade de ação – e a burguesia agrária, cuja postura mostrava-se mais comedida aos avanços liberais. Por esta razão, diz-se que o diploma em análise era individualista: “garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico”²⁹⁰.

Contudo, Maria Celina Bodin de Moraes chama a atenção para o fato de que os diplomas privados perderam a posição central antes ocupada, na qualidade de “verdadeiras constituições”²⁹¹. Por conseguinte, o espaço reservado ao contrato e à propriedade foi minorado. Em seu lugar, ganhou significativa importância a proteção da vida individual e da autonomia dos sujeitos. Noutra dizer, deu-se lugar “à noção do homem integrado à sociedade, substituindo, por força da individualização, a figura do indivíduo isolado pela figura da associação”²⁹².

Para a autora, os efeitos disto traduzem-se na necessidade de conferir controle de validade aos conceitos jurídicos tradicionais. Tarefa esta que necessita ser feita a partir da “consideração metodológica que entende dever toda norma do ordenamento ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal”²⁹³. Há, neste contexto, uma tendência de que as normas constitucionais não devem ser usadas, apenas, em sentido negativo – “como limites dirigidos ao legislador ordinário”²⁹⁴. Bem ao contrário, importa que sejam vistas em seu aspecto transformador, notadamente, como fundamento da disciplina normativa infraconstitucional como um todo. Ou seja, como princípio geral de todas as normas.

Ainda a este respeito, Maria Celina Bodin de Moraes explica:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta

²⁸⁹ AMARAL, FRANCISCO. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. p. 177.

²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 177-178.

²⁹¹ DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 6.

²⁹² Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁹³ Idem, *ibidem*, p. 14.

²⁹⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

ótica as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todas os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Transforma-se, em consequência, o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e a sua dignidade seja mais amplamente tutelada²⁹⁵.

Nesta métrica, o respeito à Constituição Federal dá-se sob dois aspectos: a) o primeiro, reflete a observância dos preceitos de validade para efluência das normas infraconstitucionais; b) o segundo – e talvez mais importante – indica a necessidade de que o próprio conteúdo da norma infraconstitucional reflita os valores sistematizados na Carta Magna, “decorrentes das opções político-jurídicas do legislador constituinte²⁹⁶.”

Além disto, o processo de repersonalização ora mencionado fez com que os princípios de Direito Civil passassem a ter influxos constitucionais. A bem ver, os direitos ligados à família, personalidade – e inclusive, propriedade – ganham diretrizes consubstanciadas não apenas no diploma privado. Possuem, agora, guarida constitucional.

Como reflexo disto, a anterior prevalência que se dava às relações patrimoniais passou a ser substituída pela importância atribuída às relações existenciais ou não-patrimoniais. É que, agora, a proteção primordial do ordenamento não se orienta sob aspectos estritamente econômicos. Antes, tem como enfoque principal a tutela da pessoa humana, a que todo o ordenamento jurídico assegura proteção prioritária²⁹⁷. Assim, a autora destaca que, atualmente, há que se falar em um Direito-Civil Constitucional já que o centro de referência deste ramo foi modificado pelas normas constitucionais²⁹⁸.

Neste panorama, dizer que a pessoa humana é centro de referência do Direito Civil – porque Constitucional – implica em garantir que a dignidade dos sujeitos seja tutelado como um todo. Isto é, que não seja fragmentada em proteções específicas em cada um dos microsistemas existentes no ordenamento. Importa que esta questão seja tratada como um “problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor da pessoa”²⁹⁹. Há, pois, que se admitir: “tal fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, tantos bens, como é feito com as teorias atomísticas”³⁰⁰. A personalidade deve ser vista, assim, como

²⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 15.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 28.

²⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 31.

²⁹⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 115.

³⁰⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

um valor fundamental do próprio ordenamento, mesmo porque figura como base de situações existências a reclamar constante tutela da dignidade do ser humano.

Diante disto, não há como olvidar que o Direito Civil, agora lido sob o prisma constitucional, deve ser considerado nas relações empresariais voltadas ao setor de saúde. É, nestas companhias, que questões de cunho patrimoniais e existencial encontram-se ainda mais entrecruzadas, uma à outra. Logo, a eleição de princípios aptos a orientarem o planejamento estratégico já mencionado neste estudo deve considerar não apenas as diferenças havidas entre a) as ações instrumentais e comunicativas; b) os interesses financeiros e éticos, mas, sobretudo, c) aquelas existentes entre relações patrimoniais e existenciais. Para tanto, a busca pelo equilíbrio é indispensável. Daí a importância de melhor depurar-se o impacto – e possíveis efeitos – que a principiologia contratual contemporânea, voltada à tutela do indivíduo, pode ter no âmbito hospitalar privado.

3.1.2 O Impacto da Principiologia Contratual Contemporânea

Conforme elucidado até então, a compatibilização entre os interesses próprios da economia de mercado e as ações voltadas à persecução da justiça social e da tutela da dignidade dos indivíduos demanda um planejamento estratégico das empresas ligadas aos serviços de saúde. Contudo, dita constatação, por si só, não tem o condão de implementar efetivas mudanças nos problemas já apontados no decorrer do estudo. Importa, em verdade, que dito planejamento estratégico oriente-se sob critérios e processos voltados à implementação de princípios específicos, capazes de transmutarem-se em ações práticas, sustentáveis e permanentes.

Por evidente, nem todo princípio serve a este propósito. É necessário que aqueles que forem eleitos coadunem-se, a um só tempo, à natureza privada/financeira/mercadológica/econômica da atividade empresarial e, também, aos aspectos simbólicos/comunicativos/sociais/existenciais das questões ligadas à vida e à saúde. O Direito Civil e seus respectivos princípios parecem, assim, compatibilizarem-se com esta tarefa. E diz-se isto porque, de um lado, representa os interesses privados por excelência, já que trata de elementos diretamente atrelados à propriedade privada, à livre iniciativa e aos contratos. Mas não descuida de que todos estes sejam realizados sob o espectro constitucional e, por este motivo, da tutela efetiva dos interesses sociais.

Esclarecido isto, cumpre não olvidar que a necessidade de eleição de princípios, pela empresa, é necessária não apenas em razão do fato de estes constituírem diretrizes para

conduta de seus colaboradores. A importância disto revela-se, também, nas funções que podem ser extraídas de princípios jurídicos. Dentre estas, aponta-se: a) a interpretativa, quando apurados critérios para solução de questões ligadas ao direito positivo; b) a integrativa, de acordo com a qual podem ser utilizados para preenchimento de lacunas legais; c) a programática, já que orientam a organização constitucional do país³⁰¹; d) a construtiva, considerando que, quando utilizados, podem garantir unidade sistemática no ordenamento jurídico; e) a metodológica, perceptível quando usados para orientar a realização de outras formas; e, ainda f) a axiológica, “quando exprimem valores fundamentais que inspiram e legitimam o direito positivo”, do que são exemplos a justiça (moral) e o bem comum (ética)³⁰².

Também a respeito dos princípios, Paulo Lôbo salienta que estes são fundamentais à adaptação do direito às mudanças sociais³⁰³. É que, em razão de sua ductilidade/flexibilidade, permitem o alcance mais eficiente de determinados objetivos. De outro lado, obstaculizam o cumprimento irrestrito dos contratos, que, por vezes, mascaram interesses dominantes advindos do exercício do poder econômico.

Neste ponto, cumpre destacar que o Código Civil de 2002 revela a mudança de paradigmas da contemporaneidade, sobretudo em razão da principiologia nele consubstanciada. Evidente, portanto, a transformação havida em relação ao diploma civil que o antecedeu, cujas características já foram apontadas. É o que se extrai, principalmente, dos artigos 421 a 424³⁰⁴, regulamentadores dos aspectos contratuais.

A bem ver, segundo Paulo Lôbo, são três os princípios contemplados pelo Código Civil em referência: dois deles explícitos – boa-fé e função social – e, o outro, implícito – equivalência material. Este último extraído das disposições referentes à revisão judicial dos negócios jurídicos, sobretudo no que diz respeito à nulidade de cláusulas abusivas. Questão esta que, no dizer do autor, vai além da ideia de igualdade formal entre os contratantes³⁰⁵.

Uma vez elucidada a importância dos princípios e quais deles encontram-se presentes no atual Código Civil, faz-se mister analisar a razão pela qual sua adoção revela-se indispensável nas relações entre particulares e no âmbito empresarial. Para tanto, todavia, não

³⁰¹ Mencionam-se, neste aspecto, os artigos 1º a 4º da Constituição Federal Brasileira que dispõem acerca dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º); poderes da União (artigo 2º); objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º); e, por fim, princípios das relações internacionais (artigo 4º). BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. *op. cit.*

³⁰² AMARAL, FRANCISCO. *op. cit.*, p. 73.

³⁰³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57.

³⁰⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 15 de jul. 2019.

³⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*. *op. cit.*, p. 25.

se pode olvidar o instrumento por meio do qual tais relações concretizam-se, por excelência, na prática: o contrato.

Com efeito, o contrato é o instrumento que melhor representa a autocomposição dos interesses dos sujeitos. Sua razão de ver, em verdade, sempre foi esta: o reconhecimento de obrigações advindas do consenso, a partir do momento em que os indivíduos abdicaram do uso da força física para obterem e repassarem os bens e serviços necessários/produzidos³⁰⁶. Mas não é só, dito instrumento é responsável por incutir nos celebrantes a convicção de que as cláusulas pactuadas serão efetivamente cumpridas. E, caso não o sejam poderão ser executadas, de maneira forçada, pela via judicial, ensejando em alguns casos, inclusive, indenização por eventuais perdas e danos.

Para a finalidade específica deste estudo, importa assinalar que o contrato, sob o ponto de vista clássico, é retrato “da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes ou contraentes, com irradiação dos efeitos próprios”³⁰⁷. De acordo com Paulo Lôbo, “o esquema clássico é, pois, o da oferta e da aceitação, que se fundem no consenso e concordância, consideradas as manifestações de vontades livres e conscientes de pessoas capazes civilmente”³⁰⁸.

Não obstante, a estrutura contratual assinalada implodiu no decorrer do século XX, quando do surgimento do Estado Social. Isto se deu, sobretudo, em razão do fato de este modelo voltar-se à persecução da justiça social e intervenção estatal na atividade econômica, inclusive mediante a elaboração de princípios, conforme já assinalado. Diante disto, o autor assevera que:

O contrato teve de sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras reações jurídicas contratuais que se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcadas pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta social típica, pela abstração da vontade e pela consideração do poder negocial. Nessas relações, hoje prevalentes, não mais importa o indivíduo agindo isoladamente em face do outro³⁰⁹.

Daí o advento dos princípios contratuais contemporâneos, essencialmente: boa-fé, função social e equivalência material. Ou, de acordo com Francisco Amaral, a eclosão dos

³⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 15.

³⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 16.

³⁰⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 16-17.

princípios gerais ou transpositivos do Código Civil, a saber: eticidade, socialidade ou operabilidade³¹⁰.

Outro ponto importante a ser destacado antes de adentrar-se, propriamente, no significado conferido a dois destes princípios, diz respeito à compreensão dos elementos necessários ao conhecimento e aplicação do contrato contemporâneo, tal qual assinalado por Paulo Lôbo. De acordo com o autor, é imprescindível assimilar que os contratos contemporâneos submetem-se a valores sociais e diretrizes constitucionalmente estabelecidas, ambos elementos insubstituíveis. Trata-se de um dos feitos da centralidade dos fundamentais constitucionais do Direito Privado³¹¹.

Mas, além disto, é preciso apreender a relevância dos princípios jurídicos nas relações contratuais. Estes são responsáveis por informar – e também conformar – tais relações tanto em sua conclusão, execução ou extinção. Fato que, no dizer do autor, implica até mesmo no redimensionamento da atividade jurisdicional, quando da aplicação do direito. E mais: faz-se necessário considerar a importância da autonomia privada coletiva, por meio da qual “as pessoas são substituídas por grupos representativos de interesses”³¹².

Outra questão destacada pelo autor, refere-se à superação do modelo antagonista de interesses, por meio de sua substituição pela cooperação na obtenção de fins comuns, principalmente naqueles que cunho existencial, cujos efeitos tendem a ser duradouros e, assim, protrair-se na vida dos contratantes.

Isto posto, o autor deixa claro que os princípios contemporâneos – ou, por assim dizer, sociais – do contrato não eliminam aquelas de natureza individual, dos quais são principais expoentes a) a autonomia privada; b) força obrigatória (*pacta sunt servanda*); e c) relatividade dos efeitos do contrato. O que se observa é que os novos princípios, na verdade, limitam e conformam o alcance e conteúdo daqueles já existentes.

Importante esclarecer, neste ponto, que os princípios contemporâneos não são antagônicos aos de cunho individual. A relevância de ambos é inquestionável, já que refletem os momentos evolutivos do direito contratual e do próprio Estado. Apesar disto, observa-se que – no âmbito de um Estado Social – os princípios clássicos apenas são compatíveis com as demais normas do ordenamento quando limitados e orientados pelos princípios sociais, “cuja

³¹⁰ AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 74.

³¹¹ LÔBO, Paulo. *op. cit.*, p. 17-18.

³¹² Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

prevalência se dá quando não são harmonizáveis, depois de tentada a interpretação conforme”³¹³.

Superado esta questão, passa-se ao exame de dois dos princípios elementares das relações contratuais contemporâneas, a fim de que seja possível apurar a maneira por meio da qual podem integrar o planejamento estratégico das empresas ligadas voltadas aos serviços e saúde. E, com isto, viabilizarem a busca pelo equilíbrio entre os interesses do mercado (lucro) com inerentes à sociedade, considerada como um todo.

Como visto, a sociabilidade constitui um destes princípios. A bem ver, traduz-se na ideia de que o intérprete, ao aplicar a norma, deve fazer prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem preterir, com isto, o “valor fundamental da pessoa humana”³¹⁴. Uma de suas aplicações é a função social do contrato, prevista no artigo 421, do Código Civil. Em essência, compreende-se a partir desta ideia que, a sistemática civil deve ter um papel voltado ao bem comum e à justiça social, sem prejuízo a terceiros.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade³¹⁵.

Segundo a autora, a solidariedade pode ser assimilada de várias maneiras. Uma delas seria a compreensão mediante um fato social, do qual não seria possível desprender-se. A solidariedade seria, assim, uma parte intrínseca do cotidiano dos indivíduos. Outro modo de entendê-la consistiria em sua concepção a partir de uma virtude ética, por meio da qual os sujeitos reconhecem-se um do outro. Por meio desta ideia, faz-se do outro um eu próprio e, portanto, vai-se além da justa conduta, que exigiria dar ao outro o que é seu. Por fim, este princípio poderia ser apreendido como “o resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir, como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais”³¹⁶.

Seja como for, a solidariedade revela a expressão mais acentuada e profunda da sociabilidade, caracterizada dos indivíduos. O que, por sua vez, vai ao encontro das determinações constitucionais, as quais – na compreensão da autora – exigem a cooperação

³¹³ Idem, *ibidem*, p. 67.

³¹⁴ AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 74.

³¹⁵ DE MORAES, Maria Celina Bodin. *op. cit.*, p. 240.

³¹⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

mútua entre os sujeitos, como medida de conservar a humanidade. É que “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”³¹⁷.

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito ao fato de que esta sociedade – livre, justa e solidária – contraria a lógica da competição desmedida e do lucro irrefletido, informantes de situações jurídicas subjetivas de natureza patrimonial. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, “esta lógica foi, por determinação constitucional, substituída pela perspectiva solidarista”³¹⁸, na qual ganha fundamental importância a cooperação e justiça social. Estes, a bem ver, são valores considerados superiores hierarquicamente. E, como tais, subordinam-se apenas “ao valor precípua do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana”³¹⁹.

Nas palavras da autora:

Não se trata [...] somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardeal do ordenamento jurídico é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida³²⁰.

Ainda a respeito dos efeitos do princípio em exame, Paulo Lôbo ressalta que a atividade econômica, que utiliza dos contratos para desenvolver suas atividades, deve ser exercida conforme os preceitos da justiça social³²¹. É um esclarecimento que, embora trazido à lume pelo civilista, já foi apurado no decorrer deste estudo, quando da análise dos princípios que regulamentam a ordem econômica, previstos no artigo 170, da Constituição Federal.

Mas o autor vai além. Explica que a conformidade assinalada não significa que a atividade econômica deve, apenas, limitar-se externamente. Ao contrário, importa que se oriente seus respectivos contratos, de fato, a estes fins. Somente a partir desta concepção é possível operacionalizar-se, de fato, a função social dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro: a atividade empresarial, embora livre, deve voltar-se à realização da justiça social³²².

E mais:

³¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 250-251.

³¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 264.

³¹⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³²⁰ Idem, *ibidem*, p. 264-265.

³²¹ LÔBO, Paulo. *op. cit.*, p. 68.

³²² Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

A função social do contrato não se confunde com a função econômica do contrato, nem é *plus* desta, pois são categorias inteiramente distintas. A função econômica do contrato vincula-se estreitamente aos interesses particulares das partes contratuais, enquanto a função social é algo exterior ao contrato que a ele se integra, independentemente da vontade das partes³²³.

Além disto, compreende-se que tal princípio – assim como os outros – não deve ter aplicação excepcional ou supletiva. Pelo contrário: a função social integra o contrato como dever geral de conduta, ainda que este não seja o querer das partes. Isto decorre, de certa maneira, do fato de o contrato conservar duas funções: a individual e a social. A primeira, realizada por meio da autorregulação dos interesses individuais. A outra, pela conformação aos interesses da sociedade³²⁴.

Uma vez estabelecidas as principais características da sociabilidade, cumpre discorrer acerca do segundo princípio contratual contemporâneo: a eticidade. De acordo com Francisco Amaral, “o princípio da eticidade privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito”³²⁵. De acordo com o autor, é o que se denomina concreção jurídica³²⁶. Significa dizer, a norma busca encontrar soluções às situações *in concreto* e não a circunstâncias enfrentadas por um indivíduo, de maneira abstrata. Trata-se da substancialização, materialização ou concretização dos preceitos jurídicos aplicados a situações reais, portanto.

É bem verdade que a eticidade não pode ser compreendida sem que se faça referência à boa-fé, que, por vezes, figura na doutrina como sinônimo do princípio em questão e, em outros casos, como espécie deste. De qualquer maneira, a história demonstra que a boa-fé tem origem extrajurídica, no Império Romano. Suas primeiras acepções estavam atreladas a questões religiosas, já que os pactos eram feitos mediante a benção da deusa Fides, responsável por assegurar o efetivo cumprimento destes³²⁷.

Segundo a jurista Ana Alvarenga Moreira Magalhães, a tecnização da boa-fé adveio com a intervenção do direito pretoriano, na Roma antiga. A partir de então, buscou-se introduzir a avaliação de circunstâncias específicas – e tidas por fundamentais – na análise

³²³ Idem, *ibidem*, p. 69.

³²⁴ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³²⁵ AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 75.

³²⁶ Nas palavras do autor: “O princípio da operabilidade ou o princípio da concretude ou concretude indica um critério metodológico para a realização do direito: a interpretação jurídica não deve ter por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas, sim, constituir-se na primeira fase de um processo de criação ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto”. In: AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 76

³²⁷ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

dos casos concretos ou da formulação de determinados contratos, ainda que não previstas no direito positivo³²⁸.

Na atualidade, no entanto, a boa-fé materializa-se na adequação das relações privadas às exigências da solidariedade social. Constitui, ainda, um dos sustentáculos da dignidade da pessoa humana, já que esta apenas se constrói mediante o relacionamento com o outro³²⁹. Daí porque o exercício da liberdade contratual e da autonomia privada não poder ser efetivado sem que se considere a imprescindibilidade das relações interpessoais³³⁰. Como decorrência disto, nota-se que a conduta que respeita as expectativas produzidas por força de determinada relação obrigacional “é da essência de um ser racional, do direito repersonalizado, como se depreender das normas constitucionais”, mas, também, do próprio Código Civil³³¹.

Com efeito, o princípio da boa-fé é exprimido por meio de cláusulas gerais, indicativas da superação do positivismo de natureza legalista – inserido em um sistema fechado – em prol da implementação da ética nas relações jurídicas³³². O conteúdo deste princípio é composto por um dever de lealdade impeditivo de comportamentos desleais e indicativo do dever de cooperação entre os contratantes³³³. Tamanha a sua importância que sua aplicação dá-se tanto na a) formação dos contratos – cuja inobservância pode implicar na responsabilidade pré-contratual (culpa *in contrahendo*) – quanto em b) seu desenvolvimento – quando, então, pode-se verificar eventual abuso de direito – e, ainda c) na hipótese de inexecução, casos em que o inadimplente poderá ser responsabilizado em fase pós-contratual³³⁴.

A boa-fé visa, assim, estabelecer uma regra de conduta entre os indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Neste contexto, pressupõe-se a existência de confiança em um significado comum e objetivo da conduta ou do comportamento reconhecível no mundo social. Em outras palavras, “a boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento”³³⁵.

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 81.

³²⁹ Idem, *ibidem*, p. 86.

³³⁰ Ao tratar das relações interpessoais sob a perspectiva do reconhecimento, Axel Honneth ressalta: “Para poder demonstrar ao outro o reconhecimento que se apresenta num interesse solidário em seu modo de vida, é preciso antes o estímulo de uma experiência que me ensine que nós partilhamos uns com os outros, num sentido existencial, a exposição a certos perigos; mas quais riscos; mas quais riscos dessa espécie realmente nos vinculam de maneira prévia é possível medir, por sua vez, pelas concepções que possuímos em comum acerca de uma vida bem-sucedida no quadro da coletividade”. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa 2. ed. São Paulo: 34, 2009. p. 154.

³³¹ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *op. cit.*, p. 86.

³³² AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 90.

³³³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³³⁴ Idem, *ibidem*, p. 90-91.

³³⁵ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 72-73.

Importante assinalar, ainda, que uma das implicações do princípio analisado consubstancia-se na proibição de comportamentos contraditórios – *venire contra factum proprium*. Ou seja, não é dado aos contratantes adotar determinado comportamento quando este revelar-se conveniente e, na sequência, abandoná-lo porque deixou de sê-lo³³⁶. Além deste dever colateral da boa-fé, tem-se o instituto da *supressio*, que veda a conduta surpresa, cujo exercício já parecia ter sido abandonado por um dos contratantes³³⁷.

De tudo o que foi colocado, extrai-se que:

Nessa roupagem objetiva, a boa-fé representa não um estado psicológico (emblema da boa-fé subjetiva), mas um critério de qualificação do comportamento do sujeito, que lhe impõe deveres e constitui-se verdadeira norma de conduta a ser observada pelas pessoas no cumprimento de suas obrigações. Ao receber da Constituição o *status* principiológico, a boa-fé objetiva passa a significar uma norma jurídica completa. Traduz-se como regra de comportamento leal e diligente nas relações jurídicas, na amplitude de suas fases, destinada a todas as personagens do tráfico jurídico. Refere-se a princípio a comportamento bilateral, de exercício de direitos e cumprimento de obrigações³³⁸.

A análise dos significados dos dois princípios assinalados revela que a funcionalização dos institutos jurídicos, por meio da repersonalização do Direito Civil, demonstra o interesse na sociedade pela efetiva eficácia das normas. Nesta perspectiva, os indivíduos preocupam-se não apenas no aspecto disciplinar ou repressiva do ordenamento jurídico, mas também em sua natureza “distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia”³³⁹.

Ora, este fato não apenas demonstra que as normas próprias do direito privado buscam da mesma forma que os princípios da ordem econômica, como demonstram o anseio social na significação dos institutos, a partir de seu aspecto simbólico e comunicativo. Tanto é assim, que as relações contratuais vem sendo resignificadas por meio de sua função social e da boa-fé objetiva, que pressupõe um acordo de conteúdo transparente e confiável entre os contratantes.

Mas não é só: esta ideia reforça o que foi exposto até então no sentido de que a sociedade, ao exigir esta mesma confiança das companhias, vem reconfigurando as bases econômicas da atividade empresarial. Por consequência, estas devem buscar compatibilizar as ações de cunho instrumental e lucrativo com pressupostos sociais, os quais, por sua vez, viabilizam-se pela observância dos princípios econômicos constitucionais. Ainda,

³³⁶ Idem, *ibidem*, p. 75.

³³⁷ Idem, *ibidem*, p. 76.

³³⁸ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *op. cit.* p. 88.

³³⁹ AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 93.

operacionalizam-se, em termos práticos, pelo estabelecimento de relações contratuais que atendam à boa-fé e à função social.

Não obstante, o que foi exposto até então - isto é, o resgate da confiança no desenvolvimento da atividade empresarial mediante o respeito à responsabilidade social e princípios da ordem econômica e dos contratos contemporâneos - aplica-se, a rigor, à maioria das corporações. Ocorre que, conforme já assinalado, este estudo tem objeto específico: buscar a compatibilização de interesses mercadológicos e condutas éticas no bojo das empresas privadas prestadoras de serviços de saúde. Para este desiderato, então, faz-se mister considerar como - de maneira mais pormenorizada - as dificuldades já apontadas ao decorrer da presente análise podem ser superadas. Em outras palavras, de que forma a responsabilidade social e os princípios já explorados podem, de fato, redundarem na tutela mais efetiva da vida, quando prestados serviços de saúde. A resposta para isto parece, assim, depender da busca de referenciais bioéticos no cotidiano hospitalar. Trata-se, portanto, do próximo tópico a ser explorado.

3.2 REFERENCIAIS BIOÉTICOS E EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE

Diferente do que se possa pensar, as empresas prestadoras de serviços de saúde têm se afastado, paulatinamente, da razão pela qual foram criadas: garantir condições de subsistência à vida, de maneira digna e, sobretudo, ética. Aos poucos, esta finalidade perdeu espaço para a persecução imponderada do lucro. Circunstância esta característica da passagem das sociedades tradicionais às pós-convencionais, nas quais há prevalência de interesses sistêmicos sobre questões de influxos simbólicos ou comunicativos. Contudo, uma vez constatado isto, por meio das inúmeras distorções havidas no contexto médico, vislumbrou-se que a sociedade tem reclamado o resgate de pressupostos de confiabilidade empresarial. Reflexo disto foi o desenvolvimento dos conceitos da responsabilidade social e da escolha, pelo constituinte, de princípios constitucionais que compatibilizam os elementos próprios do livre mercado com os fundamentos inerentes à justiça social.

Todas estas questões relacionam-se, também, com as novas diretrizes do Direito Civil, agora preocupado com a funcionalização das relações privadas e dos respectivos contratos delas resultantes. Evidente, assim, o intuito normativo em fazer com que as bases negociais rejam-se pela confiança e lealdade. Isto deve ser transposto às empresas prestadoras de serviços de saúde. Esta tarefa, no entanto, demanda um exame mais acurado dos elementos específicos do cotidiano hospitalar, extraíveis por meio de referenciais bioéticos e dos

instrumentos característicos deste cenário, do que é exemplo o termo de consentimento livre e esclarecido.

3.2.1 A Contribuição da Bioética

A Bioética, a exemplo dos demais institutos analisados até então, foi desenvolvida em resposta à necessidade de garantir-se tutela efetiva ao ser humano. Com o intuito de obstar abusos no desenvolvimento de avanços biotecnológicos atrelados à saúde, constitui elemento balizador indispensável ao emprego da técnica e da ciência. É que, assim como tudo que acompanha a evolução social, também as atividades atreladas à saúde demandaram respostas a questionamentos éticos, advindos, principalmente, da impossibilidade subverter-se a vida à técnica, de maneira irrestrita e imponderada.

Com efeito, o termo Bioética encontra-se associado, invariavelmente, à biologia (*bio* = vida; *logos* = estudo), isto é, ao estudo da vida. A princípio, aproxima-se, assim, de um estudo científico, já que a biologia é uma espécie de ciência, por assim dizer. No entanto, Ivo Dantas ressalva que, quando o conhecimento da área biológica extrapola o saber estritamente técnico para alcançar aplicação ética (e valorativa), deixa-se o campo da ciência para adentrar-se em um conjunto de normas a serem respeitadas. Normas estas que, no ordenamento jurídico pátrio, levam em conta a dignidade humana³⁴⁰, cujo resguardo decorre de imperativo constitucional³⁴¹.

O conceito de Bioética é depurado por José Roberto Goldim como sendo “uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver”³⁴². De acordo com Claudia Regina Magalhães Loureiro, por sua vez, trata-se de um ramo da ética, responsável por estudar como descobertas científicas podem – e devem – ser utilizadas em observância à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, indica o estudo sistemática das ações humanas nas áreas das ciências da vida e da saúde, sob o enfoque de valores éticos. Por conseguinte, sua análise ultrapassa os aspectos biológicos e vale-se de questões ligadas à sociologia e filosofia³⁴³.

³⁴⁰ Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit.*

³⁴¹ DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). *Direito fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 111.

³⁴² GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68.

³⁴³ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

A origem da Bioética relaciona-se, essencialmente, à formação da *National Commission for the Protection of the Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* – Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais – em 1978, pelo governo norte-americano. A instituição tinha por objetivo concretizar princípios éticos básicos, cuja observância revelou-se necessária no desenvolvimento de experiências em seres humanos³⁴⁴.

Os princípios em questão foram incorporados por meio do instrumento que, mais tarde, veio a ser conhecido como a declaração de princípios bioéticos: trata-se do Relatório Belmont (1979). O documento assentou-se, assim, sobre três princípios gerais:

- a) o respeito pela pessoa humana (autonomia), incorporando duas convicções éticas: a.1) todas as pessoas devem ser tratadas com autonomia; e a.2) as pessoas cuja autonomia esteja diminuída ou se encontre em desenvolvimento devem ser protegidas (vulnerabilidade); b) a beneficência (e a não-maleficência), também incorporando duas convicções éticas: b.1) não causar dano; e b.2) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos; e c) a justiça, enquanto imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios³⁴⁵

O primeiro dos princípios apontados – autonomia – é compreendido, por Maria Helena Diniz, a partir da capacidade que cada paciente possui de autogovernar-se, isto é, de fazer suas opções e agir sob a orientação das deliberações por ele tomadas. Dessa forma, a autora reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida, o que desemboca na tutela de sua individualidade³⁴⁶.

No que diz respeito ao princípio da beneficência, defende que este “baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde (...) só pode usar o tratamento para o bem do enfermo”. Da afirmação, infere-se que o princípio da não-maleficência constitui desdobramento deste, porque consiste na obrigação de não acarretar dano intencional ao paciente³⁴⁷. Outrossim, o princípio da justiça denota a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios derivados da prática médica. Dito princípio exprime, destarte, o ideal que se tem da justiça distributiva³⁴⁸.

A estas considerações, importa acrescentar a reflexão de que os princípios atrelados à Bioética devem ser compreendidos como normas gerais. E, como tais, são aptos a regulamentar, de maneira abrangente, toda atividade de aplicação, subsunção, interpretação

³⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 14.

³⁴⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003. p. 165-166.

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 14.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 15.

³⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 16.

ou elaboração de leis voltadas à vida e à saúde. Em adição, faz-se mister não olvidar que a principal fonte de tais normas é a própria Constituição Federal³⁴⁹.

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito ao fato de que, como os princípios da Bioética são também extraídos da sistemática constitucional, não se esgotam naqueles fixados pelo Relatório Belmont. Antes, estendem-se a todos os valores resguardados pelo ordenamento jurídico. Como consequência disto, os limites entre a Bioética e o Direito tornam-se cada vez mais estreitos, razão pela qual revela-se indispensável depurar a relação aventada. É o que ensina George Salomão Leite: “questões bioéticas são, sim, questões jurídicas. São problemas que envolvem a Constituição. A liberdade científica encontra limites no momento em que pode causar lesão a outros bens constitucionalmente tutelados”³⁵⁰.

Partindo-se do pressuposto exposto alhures, é imprescindível não olvidar que o ser humano constitui o ponto de partida de qualquer reflexão na esfera jurídica, na medida em que as questões Bioéticas, considerados os princípios de valorização e preservação da vida humana, “para ele convergirão, na relação espaço, e tempo compreendida entre seu princípio e fim, vale dizer, entre o seu nascimento e morte”³⁵¹.

Nesta perspectiva, a Bioética tende a ampliar os caminhos possíveis a discussões e decisões em uma sociedade pluralista e secular, na qual referenciais religiosos e opiniões sobre os avanços havidos não são, como outrora, objeto de consenso. Ao lado disto, no entanto, o Direito volta-se aos preceitos dominantes na sociedade, “por isso a lei sempre é invocada para organizar a conduta humana, no respeito e promoção dos valores que servem como base para a civilização”³⁵².

A importância da análise entre a relação destacada dá-se, semelhantemente, àquela apresentada no primeiro capítulo do presente estudo entre a moral e o direito. E diz-se isto porque os ideais e valores apregoados pela Bioética são responsáveis por conferir legitimidade – e, como consequência, efetividade – às normas vinculadas à proteção dos direitos fundamentais, sobretudo da vida. No entanto, de outro lado, incumbe ao Direito a coercibilidade necessária a coibir abusos e práticas que minem os princípios jurídicos e bioéticos consagrados pelo ordenamento.

É, nesse sentido, inclusive, que se defende ter a Bioética surgido como a dimensão moral da Medicina, a qual, posteriormente, se transformou em Biodireito, na medida em que

³⁴⁹ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *op. cit.*, p. 8.

³⁵⁰ LEITE, George Salomão. Ensaio sobre Bioética constitucional. In. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). *Direito fundamentais e biotecnologia. op. cit.* p. 53.

³⁵¹ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *op. cit.*, p. 8.

³⁵² Idem, *ibidem*, p. 8-9.

começaram a surgir princípios e regras de substrato jurídico, ainda vinculados aos temas por ela tratados³⁵³. No entanto, sabe-se que:

[...] muitas das questões jurídicas aventadas pela Bioética não possuem um tratamento jurídico específico, apontando, portanto, para uma lacuna legislativa. Entretanto, o ordenamento jurídico na sua unidade/totalidade não possui vazios jurídicos, de modo que sempre deve fornecer uma resposta juridicamente adequada a problemas sociais relevantes. O lugar ideal para obtermos uma resposta jurídica em situações lacunosas é a Constituição, haja vista o caráter aberto das normas principiológicas integrantes de sua estrutura. Devemos frisar, todavia, que estamos tratando de problemas bioéticos, que têm a vida e a dignidade humana como panos de fundo³⁵⁴.

Sendo assim, tem-se que, na falta de instrumentos da Bioética, esta deve ser auxiliada pelos paradigmas já alcançados pelo Direito. E, simultaneamente, sendo o Direito insuficiente para acompanhar as transformações e consequências científicas, deve-se apoiar naquilo que já alcançou a Bioética e seus preceitos. Ambos, porém, devem ter em conta que “uma ciência que acolhe a reflexão ética é (...) uma ciência com consciência”. E por ser assim, referida ciência revela-se capaz de conceber o enraizamento dos valores em uma determinada cultura e sociedade, e trilhar o caminho da comunicação entre fatos e valores, ao invés de provocar seu distanciamento mútuo³⁵⁵.

Os referenciais bioéticos podem ser, portanto, utilizados em situações diversas. Não raras vezes prestam-se a interpretação de negócios biojurídicos, envolvendo questões como a reprodução humana assistida e suas respectivas consequências ou mesmo contrato de armazenamento de material genético ou, ainda, a possibilidade de utilização de células-tronco em pesquisas científicas³⁵⁶. Contudo, para a finalidade específica deste estudo, os referenciais bioéticos são ressaltados como forma de proporcionar o equilíbrio que tem sido buscado ao longo desta análise, qual seja, entre o mercado (técnica e ciência) e os aspectos normativos (moral) no cenário hospitalar.

³⁵³ SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 43.

³⁵⁴ LEITE, George Salomão. *op. cit.*, p. 53.

³⁵⁵ MOLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

³⁵⁶ Nesta métrica, não é demais mencionar a reflexão desenvolvida por Jürgen Habermas acerca dos avanços técnico-científicos: “Obviamente, o senso comum, que cria para si muitas ilusões a respeito do mundo, precisa poder ser esclarecido sem reservas pelas ciências. Contudo, as teorias científicas que se infiltram no mundo da vida deixam essencialmente intacto o âmbito do nosso saber cotidiano, o que dificulta nossa autocompreensão, enquanto seres capazes para a linguagem e para ação. Quando aprendemos algo novo sobre o mundo e sobre nós enquanto seres no mundo, o conteúdo da nossa autocompreensão se modifica. Copérnico e Darwin revolucionaram as imagens geocêntrica e antropocêntrica do mundo. Ao mesmo tempo, a destruição da ilusão astronômica sobre a órbita dos astros deixou menos vestígios no mundo da vida do que a desilusão biológica sobre a posição do homem na história natural. Os conhecimentos científicos parecem perturbar nossa autocompreensão tanto mais quanto mais próximos estiverem de nos atingir”. In: HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Martins Fontes: São Paulo, 2004. p. 141.

Como visto, a problemática abrange inúmeras situações. Estas vão até da fraude no fornecimento de materiais (a exemplo de próteses e órteses), atravessam a ausência de diretrizes claras quanto a procedimentos terapêuticos em pacientes terminais e, ainda, alcançam questionamentos de cunho religioso quando da realização de transfusões sanguíneas, por exemplo. Foi observado que muitas destas questões são tratadas de maneiras dissemelhantes e irregulares, sobretudo em razão da falta de balizas éticas e de planejamento estratégico das instituições. Este fato desemboca na inobservância não só dos preceitos constitucionais da justiça social, como também inviabilizam a observância dos princípios bioéticos alocados.

É, justamente neste contexto, que – ao lado do planejamento estratégico – exsurge a importância de documentos capazes de viabilizar – ou ao menos facilitar – a observância dos pressupostos até então elencados. Neste sentido, destacasse a relevância do termo de consentimento livre e esclarecido, firmado entre os profissionais de saúde – e respectivas empresas – e seus pacientes. O documento, resguardas as possíveis dificuldades de aplicação, tem o condão de estabelecer um compromisso voltado aos referenciais bioéticos, mas, além disto, permite o estabelecimento de condutas mais claras, certas e determinadas a respeito dos procedimentos que serão e devem ser adotados no ambiente hospitalar.

A consequência disto é proporcionar não apenas segurança aos pacientes e aos médicos, mas indicar uma relação de confiabilidade de que seus termos serão efetivamente cumpridos. Fato que, por sua vez, dificulta margens para fraudes, benefício de terceiros e responsabilização civil. E, de outro lado, garante a efetiva operacionalização da missão de determinada empresa ligada ao setor de saúde, afastando, assim, as inúmeras dúvidas que seus profissionais e pacientes podem ter a respeito dos procedimentos que, de fato, devem ser adotados. Trata-se, portanto, de uma análise que não pode ser olvidada.

3.2.2 Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: Aspectos Essenciais

A bem ver, os serviços de saúde encontram-se atrelados, não raras vezes, a questões imprevisíveis. Isto decorre não apenas da natureza de tais serviços – que contam com contingentes incertos decorrentes das respostas singulares de pacientes a determinados tratamentos – mas também da falta de material suficiente ao atendimento de tais demandas, possibilidade de prejuízos financeiros e receio de que a empresa ou seus funcionários venham a responder civil e criminalmente por suas condutas.

Ditas circunstâncias, associadas ao fato de que estas companhias encontram-se inseridas em uma economia de mercado – que não dá margem a prejuízos – bem como à complexidade dos inúmeros procedimentos realizados em hospitais, demandam instrumentos que viabilizam, de maneira mais objetiva, a persecução de pressupostos bioéticos. Isto, como forma de evitar que todas estas variáveis culminem na inobservância dos preceitos colocados até então, cujo preterimento é inadmissível em um cenário constitucionalizado por meio de valores que apregoam a justiça social e a tutela da pessoa humana.

Esta objetivação, por assim dizer, leva à uma certa garantia de que o paciente pode confiar na empresa que lhe presta serviços de saúde, mediante o conhecimento genuíno dos procedimentos que serão adotados e a maioria de suas nuances. Daí a importância do termo de consentimento livre e esclarecido que, de fato, retrate todas as matizes destacadas, superando apenas aspectos *pro forma*.

Com efeito, a obtenção de consentimento do paciente, após prestadas as informações necessárias para tanto, decorre de seu direito de autodeterminação. Em outras palavras, resulta do poder que estes têm de decidir questões relativos à sua vida, saúde e integridade físico-psíquica, “recusando ou consentimento propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico”³⁵⁷.

Não há como negar, neste aspecto, a importância da linguagem e da efetiva comunicação entre médico e paciente em tais tarefas ou, além disto, entre a empresa, o mercado e a sociedade. A bem ver, o emprego da técnica passa a estar condicionado a efetiva compreensão das consequências de sua aplicação, sem o que não pode ser empregada. É irrefutável, nesta métrica, a coexistência das duas naturezas de ação presentes na sociedade hodierna: de um lado, o agir instrumental, pautado na necessidade de conferir eficiência ao procedimento adotado e, de outro, o agir comunicativo, consubstanciado em condições ideais de fala, que viabilizem a compreensão das consequências da técnica empregada.

Uma vez assimilado o verdadeiro conteúdo da informação médica prestada, verifica-se que o paciente tem o direito de opor-se a determinado tratamento – seja ele mais adequado ou menos rigoroso –, assim como recusar intervenções cirúrgicas e, ainda, reclamar a substituição do médico ou hospital em que situado. Por conseguinte, o princípio do consentimento – reduzido a termo – tem por finalidade fomentar e viabilizar a autonomia pessoal dos pacientes, no tocante às decisões inerentes a seu bem-estar físico e psíquico³⁵⁸. Mas não é só: o direito de consentir tem, em sua outra face, o dever *erga omnes* de que as

³⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 636.

³⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 636.

decisões tomadas deverão ser respeitadas, o que, inclusive, encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, princípio de guarida constitucional.

De acordo com Maria Helena Diniz, o consentimento livre e esclarecido do paciente decorre do princípio consagrado pelos referenciais bioéticos, consistente na autonomia. Nas palavras da autora:

Manifestação desse princípio da autonomia do paciente é o consentimento livre e esclarecido enquanto ato de decisão voluntária, baseado numa informação médica, revelada de modo claro, simples, preciso, honesto e inteligível ao relatar: o diagnóstico, com esclarecimento sobre a enfermidade e sua evolução; o prognóstico; os efeitos colaterais do tratamento; a terapia mais adequada a ser seguida, especificando seus objetivos, sua duração, suas consequências e seus benefícios; o plano do médico quanto ao atendimento posterior ao tratamento; os cuidados especiais que forem necessários; a previsão de alta; as consequências da não-aceitação de um tratamento e da ingestão de um remédio; a cirurgia a ser efetuada; os possíveis riscos e alternativas das práticas médicas; as vantagens esperadas ou desvantagens de uma diligência³⁵⁹.

E mais: dito consentimento é pressuposto indispensável à relação entre médico e paciente, por referir-se a decisões que consideram objetivos, valores, preferências e necessidades deste último. Decisões estas tomadas após a compreensão da informação médica – feita em termos compreensíveis, adequados e eficazes – e ponderação acerca dos riscos e benefícios levantados.

Importante destacar, neste aspecto, que o consentimento livre e esclarecido será satisfatório apenas quando fundado em informações acessíveis – a nível intelectual e cultural do paciente –, relacionadas à competência, entendimento e voluntariedade deste último. Como consequência “não poderá comportar quaisquer vícios de consentimento ou sociais”, tampouco “estar prejudicado por defeitos no controle decisório”³⁶⁰, verificáveis, por exemplo, quando o paciente está sob o efeito de substâncias químicas. Em resumo, importa que a informação prestada esteja condicionada ao efetivo entendimento do paciente.

Nesta perspectiva, ressalta-se:

O médico, ao dar esclarecimentos ao paciente para obtenção de seu consenso informado, deverá ater-se à sua personalidade, temperamento e disposição na hora do recebimento da informação relativa ao seu estado clínico, pois em certos casos deverá socorrer-se do consentimento substituto, isto é, o emitido pelo seu representante legal ou parente mais próximo. A informação médica é variável conforme a natureza do tratamento, pois quanto mais exigente for a terapia, maior será o esclarecimento dado e a magnitude das prováveis consequências negativas e incidências de risco. Relativamente ao tipo de informação que o paciente deve receber, utilizam-se três critérios: o que

³⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 636-637.

³⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 638-639.

considera a comunidade científica, o que atende àquilo que a pessoa médica deseja saber e o que se além ao que um paciente pessoalmente quer saber³⁶¹.

Do que foi exposto, extrai-se os principais elementos dos termos de consentimento livre e esclarecido. Estes devem a) ser realizados em linguagem acessível; e b) dispor dos procedimentos que são utilizados, bem como b.1) seus objetivos e justificativas; b.2) eventuais riscos e benefícios esperados; b.3) terapêutica alternativa. Ainda, devem garantir c) a liberdade de que o paciente venha a recusar ou retirar seu consentimento sem que isto implique em sanções ou óbice à assistência médico-hospitalar³⁶².

Não é demais ressaltar, neste aspecto, que o artigo 22, do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018) veda ao médico “deixar de obter do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”³⁶³. Ao dispor acerca das circunstâncias excepcionais em que o documento poderá ser dispensado, a Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina prescreve que:

Em situações de emergência, nas quais não seja possível obter o consentimento do paciente ou de seu representante, o médico atuará em favor da vida do paciente, amparado no princípio da beneficência, entre outros. Nesse momento, ao avaliar o que é melhor para o paciente (privilegio terapêutico), o médico adotará o procedimento mais adequado e cientificamente reconhecido para alcançar a beneficência³⁶⁴.

Neste contexto, faz-se mister assinalar que a tomada do consentimento livre e esclarecido do paciente decorre não apenas das disposições supra mencionadas, mas sobretudo da necessidade de fortalecimento entre da relação entre médicos e pacientes, hoje despersonalizada. Muito disto, em razão dos progressos tecnológicos e massificação dos serviços de saúde, responsáveis por minar a confiança antes existente em dito relacionamento. Circunstância que, por sua vez, culmina em questionamentos da sociedade acerca dos serviços de saúde e na necessidade de satisfação dos anseios do paciente, tido por consumidor.

Para Maria Helena Diniz, o resgate desta confiança demanda a observância dos direitos inerentes ao paciente. O que, por sua vez, exige, dos profissionais de saúde, a redução das causas que têm gerado os questionamentos dos serviços atrelados à saúde. Para a autora,

³⁶¹ Idem, ibidem, p. 639.

³⁶² Idem, ibidem, p. 639-640.

³⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução nº 2.217m de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

³⁶⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <<https://www.ghc.com.br/files/Sobre%20Consentimento%20Informado.pdf>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

estas medidas estariam circunscritas ao gerenciamento dos riscos de conduta e das questões estritamente técnica³⁶⁵.

O gerenciamento de riscos técnicos está atrelado, na compreensão da jurista, ao emprego de medidas capazes de eliminar ou diminuir o erro médico, isto é, a falta da técnica em si mesma. A outra modalidade de gerenciamento (risco de conduta), por sua vez, refere-se à adoção de medidas aptas a evitar conflitos de relacionamento ou de falha na comunicação (desinformação). Exige, assim, que os profissionais de saúde esclareçam, de maneira efetiva, o diagnóstico alcançado e o prognóstico prescrito. Daí, mais uma vez, a importância de obtenção prévia do consentimento esclarecido, o qual constitui a maneira mais eficaz no gerenciamento de riscos de conduta, “diminuindo, certamente, o número de processos judiciais sem fundamento técnico”³⁶⁶. De acordo com Maria Helena, o médico deve “evitar as justificativas pós-consequências, que trazem ao paciente e a seus familiares enorme desconfiança, uma vez que soam como tentativas de cobrir uma falha profissional”³⁶⁷.

As questões colocadas até então reforçam a compreensão de que houve, de fato, uma mudança na percepção social e jurídica da coletividade. Esta não é mais centrada, como antes, em ideais excludentes, próprios do sujeito-proprietário. Antes, encontra-se calçada “na realização de um sentimento de proteção do que de humano há em todo membro da comunidade social”³⁶⁸. Há, com efeito, um senso de coparticipação solidária e conhecimento do outro, bem como de suas necessidades e liberdades, cuja salvaguarda revela-se imprescindível. A consequência de todas estas transformações não poderia ser outra: a nova orientação de paradigmas estabelece a tutela de aspectos até então pouco esclarecidos³⁶⁹ e que, portanto, devem ser melhor perquiridos, refletidos e estudados.

Neste contexto – em que as novas orientações e conceitos foram pouco explorados – a tutela dos aspectos inerentes à pessoa e à sua personalidade tem importância inquestionável. E por ser o livre desenvolvimento um dos elementos mais essenciais disto, há que se preservar um espaço em que o ser humano possa desenvolver sua personalidade de maneira desembaraçada³⁷⁰. Significa dizer que, nem mesmo em um ambiente hospitalar – em que os pacientes encontram-se em situação de vulnerabilidade – é dado fragilizar o desenvolvimento pessoal em todas as suas esferas.

³⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 658-659.

³⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 659.

³⁶⁷ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁶⁸ PONA, Willian Pona. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretrizes antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 228.

³⁶⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁷⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

Resultado disto é que a operacionalização de valores não pode ser preterida. Isto é, deve ultrapassar a gama do *dever ser* para constituir-se naquilo que efetivamente *é*. Em outras palavras, importa que os serviços de saúde sejam prestados, verdadeiramente, em prol de seu destinatário final: o ser humano. Todavia, cumpre esclarecer que a experiência tem demonstrado que a exigência – pura e simples – da observância de diretrizes legais pode ser insuficiente a esta tarefa. Daí a necessidade de operacionalizar os princípios elementares do ordenamento, em proveito do bem comum e da justiça social. Enfim, em benefício de toda a sociedade: seja na tutela atividade empresa – mediante a proteção da livre iniciativa – ou dos indivíduos que com ela se relacionam – com a garantia de que serão atendidos de maneira benéfica e confiável.

Neste contexto, a persecução dos objetivos elencados demanda, do contexto empresarial, pressupostos objetivos para aferir que a companhia está, de fato, agindo em conformidade com os valores destacados. Não há como presumir que uma empresa aja eticamente pura e simplesmente, mesmo porque se há uma pressuposição esta leva a ideia de que a companhia está, na verdade, agindo sempre em prol do lucro. Mas não é o lucro, isoladamente, que a sustenta, conforme já analisado. Importa, pois, verificar qual o mecanismo capaz de, a um só tempo, implementar o planejamento estratégico tão fundamental a organização da complexidade dos procedimentos hospitalares e, ao lado disto, garantir que as empresas voltadas aos serviços de saúde estejam atentadas aos anseios éticos e de confiabilidade exigidos pela sociedade. Para isto, lança-se mão dos mecanismos de compliance.

3.3 OPERACIONALIZAÇÃO DE VALORES: A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE

Do que foi exposto até então, ficou claro que a sociedade tende a ser diagnosticada sob uma perspectiva dual: ora tendente à primazia de ações instrumentais – do que o mercado é um expoente –, ora em prol de seus aspectos simbólicos, traduzidos em ações comunicativas, atreladas a questões éticas e morais. Todavia, a noção puramente antagônica da sociedade tem se mostrado ineficiente à solucionar os principais problemas enfrentados do serviço de saúde. E diz-se isto porque, como visto, não há como compreender ou almejar o lucro sem atentar-se a questionamentos de cunho ético e social. Os interesses da sociedade não mais permitem o desenvolvimento de atividades exclusivamente pautadas nos interesses mercadológicos. Antes, exige uma ponderação ética acerca dos meios empregados, sob pena de gerar-se uma crise de confiança na empresa, com prejuízos de ordem, inclusive, financeira. As duas

perspectivas, portanto, estão imbricadas uma na outra, de maneira não excludente, mas complementar.

Embora esta assimilação pareça, de certa maneira, elementar, ela não tem se mostrado de fácil operacionalização. E isto decorre principalmente do fato de que o desenvolvimento da atividade empresarial hospitalar, por si só, já não é simples: exige a observância de uma miríade de procedimentos distintos e o olhar atento às demandas do mercado. Acrescentar-se a isto a necessidade de observância da preceitos de ordem constitucional, civil e bioética parece ser, assim, uma tarefa trabalhosa. Mas, ao contrário disto, pretende-se demonstrar que esta é passível de ser realizada, sobretudo com a finalidade de que a tutela da vida e da saúde não seja vencida pela técnica e mecanização de interesses, de forma pura e simples.

Não é possível esperar, no entanto, que isto ocorra de maneira espontânea dentro dos hospitais. O fato de estes terem consciência destas exigências já é, na verdade, um ponto significativo. No entanto, uma vez ultrapassada esta reflexão, importa que esta seja, de fato, operacionalizada por meio de um mecanismo de planejamento estratégico capaz de compatibilizar lucro e interesses sociais, pautados em pressupostos constitucionais econômicos, contratuais contemporâneo e bioéticos. É, justamente neste contexto, que insere-se o compliance.

3.3.1 Empresa e Integridade: Origem e Fundamentos do Compliance

Com efeito, há uma preocupação crescente acerca das condutas empresariais que ensejam impactos negativos à sociedade. Como consequência, assinalou-se a necessidade de gerenciamento de riscos de conduta, atendimento a pressupostos éticos, retomada na relação de confiabilidade entre médicos e pacientes, bem como observância a diretrizes constitucionais. Tudo isto, como forma de viabilizar a atividade empresarial voltada aos serviços de saúde na contemporaneidade.

Muito do que foi exposto partiu da compreensão de que as companhias, na atualidade, buscam a desenvolver um relacionamento efetivo e duradouro com seus respectivos clientes/pacientes, de modo a tornar-se valiosa para eles e não o contrário. No entanto, as estratégias empregadas para isto demandam não apenas o aprimoramento de ferramentas gerenciais, como a melhora na qualidade dos serviços, redução dos custos ou aumento da

produtividade. Diferente disto, implica uma “mudança fundamental em termos de filosofia e estratégias – uma mudança na dimensão da concorrência”³⁷¹.

Neste contexto, os programas de compliance – ou integridade/conformidade – têm revelado sua importância diante do aumento da complexidade da regulamentação da atividade econômica, assim como da inobservância da legislação correspondente, circunstâncias estas que engendram impactos negativos tanto na reputação quanto na saúde financeira das companhias³⁷². Mas, além disto, culmina na crise de confiança da sociedade para com ela.

A origem dos programas de integridade remetem à criação do Banco Central Americano (1913), cujo objetivo era, em síntese, formar um sistema financeiro mais seguro e estável. Mais tarde, o mecanismo foi também implementado na formação do *Bank for International Settlements*, situado em Basileia/Suíça, em 1930. Tinha por objetivo, essencialmente, buscar a cooperação entre os bancos centrais³⁷³. O mesmo se verifica com a instituição chamada *Securities and Exchange Commission*, que, em 1960, realizou a contratação de compliance *officers* como forma de criar procedimentos interno de controle, “treinar pessoas e monitorar, com o objetivo de auxiliar as áreas de negócios a ter efetiva supervisão”.

Apesar disto, nota-se que o compliance não é exclusivo de instituições bancárias, mesmo porque volta-se à busca pela compatibilização entre os interesses individuais e pressupostos coletivos, o que, de certa forma, justifica o termo originário do verbo – *to comply* – que significa agir de acordo com um comando³⁷⁴. De maneira mais específica, os programas de Compliance voltam-se a sistemas de controle interno, visando proporcionar segurança às companhias, quando e suas análises econômico-financeiras. Mas, além disto, têm por objetivo “possibilitar uma atuação correta e adequada no meio em que atua, (...) elaborar e atualizar normas internas que estejam em harmonia com a filosofia da companhia e garantir que sejam conhecidas e cumpridas por todos”³⁷⁵.

Os programas de compliance voltam-se para as ferramentas de concretização da missão, dos valores e de visão de uma empresa³⁷⁶. Inclusive, a depender da disciplina jurídica

³⁷¹ PEPPERS, Don; ROGERS, Martha. *Empresa 1:1: instrumentos para competir na era da interatividade*. Trad. Lenke Peres. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 301.

³⁷² MENDES, Francisco Schertel. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. Prefácio.

³⁷³ LARUCCIA, Mauro Maria; KAREN, Junko Yamada. *O desenvolvimento sustentável e a gestão de compliance em instituições financeiras*. Estratégica. v. 11 (02). dez/2011. p. 4.

³⁷⁴ DOS SANTOS, Renato Almeida; GUEVARA, Arnaldo José de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches; FERRAZ-NETO, Bem-Hur. *Compliance e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações*. Revista Einsten: São Paulo. v. 10. n. 1. jan/mar 2012. p. 3.

³⁷⁵ COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. São Paulo, Insper, 2014. p. 60.

³⁷⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Revista de Informação Legislativa. ano 52. n. 205. jan/mar. 2015. p. 2.

que informa dito programa, este pode ser compreendido como uma espécie de co-regulação³⁷⁷. A título de exemplificação, cita-se a previsão do artigo 130, da Lei das Infrações Administrativas da Alemanha (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG), no sentido de que a falta de implantação de medidas de controle para prevenir a ocorrência de infrações pode ser sancionada com multa de até um milhão de euros³⁷⁸.

De mais a mais, é preciso sublinhar que os programas de integridade não devem ser confundidos com o cumprimento de regras, apenas. Seu alcance é, na verdade, mais amplo, já que envolve questões estratégicas que se aplicam a todos os tipos de organização, porquanto “o mercado tende a exigir cada vez mais condutas leais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável”³⁷⁹.

Neste sentido, embora os mecanismos dos programas de compliance tenham características peculiares em diferentes empresas, já que dependem da cultura organizacional de cada uma delas, “possuem elementos que podem ser considerados como requisitos indispensáveis a todas as empresas, independente de sua cultura, setor de atuação, tamanho e estrutura”³⁸⁰.

Ainda a este respeito, destaca-se que os programas em exame são utilizados para designar ações que visem a mitigação de riscos e a prevenção de fraude/corrupção nas companhias³⁸¹. Para esta tarefa, as atividades podem ser regulamentadas pelo poder público (agências reguladoras) ou, ainda, por leis – sejam estas nacionais ou estrangeiras. Neste contexto, menciona-se a Lei Sarbanes-Oxley, de origem norte-americana, que tem por objetivo prevenir fraudes que repercutam negativamente no desempenho financeiro das companhias³⁸². Disto extrai-se que “à lei cabe punir, quando necessário; às ações de *compliance* cabe cercar o problema do descumprimento de regras de base moral na organização”³⁸³.

³⁷⁷ MENDES, Francisco Schertel. *op. cit.*

³⁷⁸ GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN (OWiG). Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__130.html>. Acesso em 19 de jul. 2019.

³⁷⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *op. cit.*, p. 2.

³⁸⁰ COLARES, Wilde Cunha. *op. cit.*, p.56.

³⁸¹ Acerca da necessidade de prevenção de fraudes dentro das companhias, Renata Almeida dos Santos menciona estudo realizado pela *Association of Certified Fraud Examiners*, que ao analisar as estatísticas do *Federal Board of Investigation*, constatou o seguinte: “(...) um assaltante de banco levará, em uma ação, aproximadamente US\$ 12.000,00, com uma chance em nove de ser preso; um fraudador em uma empresa levará, em média, US\$ 100.000,00 com uma chance em 10.000 de ser preso – e uma proporção ainda menor de que a vítima recupere os recursos subtraídos”. In: DOS SANTOS, Renato Almeida; *et. al. Op. cit.*, p. 2.

³⁸² CAMARGO, Renata Freitas de. *Lei Sarbanes-Oxley: aprimorando a prestação de contas com a SOx*. Disponível em: < <https://www.treasury.com.br/blog/sox-lei-sarbanes-oxley/>>. Acesso em 25 de jul. 2019.

³⁸³ DOS SANTOS, Renato Almeida; *et. al. op. cit.*, p. 2.

Quanto aos principais motivos que ensejam à adoção dos programas de compliance, destaca-se a necessidade que as empresas têm de manter a confiança por parte da sociedade, já que esta figura na base das transações por elas realizadas. As companhias que se relacionam a notícias de corrupção ou práticas contrárias à legislação têm sua imagem e reputação comprometidas. Estas circunstâncias são todas, evidentemente, desinteressantes para manutenção da empresa, seja sob o aspecto econômico quanto social³⁸⁴.

Neste contexto, Wilde Cunha Colares esclarece que o primeiro passo para implementação dos programas do Compliance consiste no estabelecimento de a) padrões de conduta, b) políticas e c) procedimentos internos³⁸⁵. Estes elementos, por sua vez, deverão ser desenvolvidos considerando a cultura organizacional da companhia e as características dos profissionais que nela trabalham. Importante não olvidar que as diretrizes internadas devem ser apreendidas por todos os colaboradores. Fundamental, portanto, sua divulgação em linguagem assimiláveis por eles e, prioritariamente, de maneira presencial, facilitando questionamentos e esclarecimentos de eventuais dúvidas³⁸⁶.

No que diz respeito a relação custo-benefício de implantação do compliance, “organizações mostram que U\$ 1,00 gasto significa economia de U\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade”³⁸⁷. Este dado pode ser explicado pelo fato de que o compliance “é um fator diferencial para a competitividade das organizações: além da redução de custo potencial, há também os benefícios relativos à parcela do mercado que valoriza a transparência e a ética nas interações econômicas e sociais”³⁸⁸.

Além disto, com a implementação de programas em referência de maneira efetiva, a companhia passa a obter maior confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Como consequência, “alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade”³⁸⁹.

Neste ponto, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz esclarecem:

³⁸⁴ De acordo com Marcia Carla Pereira Ribeiro e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz: “O Compliance envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios”. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *op. cit.*

³⁸⁵ COLARES, Wilde Cunha. *op. cit.*, p. 67.

³⁸⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁸⁷ DOS SANTOS, Renato Almeida; *et. al.* *Op. cit.*, p. 6.

³⁸⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁸⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *op. cit.* p. 5.

Tal exigência foi criada pelo próprio mercado, porquanto atualmente é inimaginável que uma empresa de grande porte (ou que pretenda atingir essa condição) atue sem a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de *Compliance*, principalmente após a Revolução Tecnológica e o fortalecimento de uma massa de consumidores críticos, que adquirem condutas e valores, e não mais somente produtos e serviços³⁹⁰.

Acrescente-se a isto que, ao analisar os efeitos da adoção de programas de compliance, a *Época Negócios* divulgou pesquisa feita pela *International Finance Corporation* de 2010, de acordo com a qual 55% dos investidores aceitaria pagar um prêmio de 10% pelas ações de uma empresa com alto nível de governança, que possui elevado grau de transparência, por exemplo. Em adição, 38% dispuseram-se a pagar 20% a mais na mesma hipótese³⁹¹.

De acordo com a reportagem, referidos dados são corroborados pela comparação da valorização do Ibovespa com o IGC-NM, índice que reúne as companhias do Novo Mercado da BM&FBovespa, formado por empresas que possuem alto nível de governança. Os dados apontam que, de 2006 até 2017, o crescimento anual médio do Ibovespa foi de apenas 3,5%, ao passo em que o IGC-NM obteve 7,1%. A *Época Negócios* afirma, outrossim, que isso resultou em uma rentabilidade acumulada de 120,1% entre dezembro de 2006 e maio de 2017, contra apenas 47,75% do Ibovespa no mesmo período.

Ainda no que se refere ao impacto financeiro do gerenciamento de riscos – uma das ferramentas de controle associada aos programas de Compliance – pesquisa desenvolvida pela Ernst & Young³⁹² apontou que as empresas classificadas com alto desempenho em maturidade na gestão de risco geram três vezes o nível de EBITDA³⁹³ em comparação com as companhias cujo desempenho é menor.

Sob a perspectiva nacional, os programas de integridade são relacionados, com maior frequência, à Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe acerca da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Ao discorrer sobre as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas

³⁹⁰ Idem, ibidem, p. 17.

³⁹¹ ÉPOCA NEGÓCIOS. *Gestão de risco e compliance fazem a diferença*: melhoria nos sistemas de controle traz vantagem competitiva e maior valorização no longo prazo. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Publicidade/Petrobras/noticia/2017/06/gestao-de-risco-e-compliance-fazem-diferenca.html>>. Acesso em 27 de jul. 2019.

³⁹² ERNST & YOUNG. *Transformando risco em resultados: como as empresas utilizam a gestão de riscos para impulsar o desempenho?* Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/transformando_riscos_em_resultados/\\$File/Apresentacao_Transformando_Riscos_em%20Resultados.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/transformando_riscos_em_resultados/$File/Apresentacao_Transformando_Riscos_em%20Resultados.pdf)>. Acesso em 27 de jul. 2019.

³⁹³ A sigla “significa Lucros antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização, que é a tradução da expressão em inglês *Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*. O cálculo do EBITDA permite conhecer quanto a companhia está gerando de caixa com base exclusivamente em suas atividades operacionais, desconsiderando os impactos financeiros e dos impostos”. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/ebitda/>>. Acesso em 27 de jul. 2019.

consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na norma em comento, o artigo 7º, inciso VIII estabelece que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e a aplicação efetiva de códigos de ética e conduta deverá ser considerada quando da aplicação da penalidade cabível³⁹⁴.

A regulamentação da legislação em referência ficou a cargo do Decreto nº 8.420/2015 que conceituou aquilo que deve ser compreendido como programa de seu integridade, a partir do disposto seu artigo 41. De acordo com o dispositivo:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.³⁹⁵

Consoante estabelecido no artigo 5º, §4º desde mesmo Decreto, a pessoa jurídica sujeita a Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) poderá apresentar, em defesa, informações e documentos referentes ao funcionamento de programa de integridade. Nesta hipótese, caberá à comissão processante examinar a arguição, mediante a avaliação dos parâmetros estabelecidos no artigo 42, dentre os quais figura a existência de padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados (inciso III) e monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos (inciso XV).

A despeito de as normas em exame serem aplicáveis às condutas praticadas por empresas em detrimento da administração pública – o que, a princípio, exclui as corporações que atuam estritamente em âmbito privado – reconhece-se o significativo avanço trazido por sua edição. Tem-se, agora, em âmbito nacional, balizas daqueles que são os parâmetros a

³⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.846/13*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 27 de jul. 2019.

³⁹⁵ BRASIL. *Decreto nº 8.420/15*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em 27 de jul. 2019.

serem observados em programas de integridade, o que não só se presta à atenuação na aplicação de penalidades mas, também, serve de incentivo à sua adoção como forma de preservação da confiança que a sociedade tem em determinada empresa.

Neste mesmo cariz, nada há que impeça a utilização de compliance com foco na atividade empresarial voltada ao setor de saúde. E assim porque, ao adotar diretrizes que visem a consolidação de uma postura ética e legal, permite-se que as empresas desenvolvam-se suas atividades sem preterir o meio que as cerca. Tem-se o desenvolvimento econômico estruturado não só sob as bases do mercado, mas, também, calcado nos interesses sociais, cuja observância redunde em benefício da própria companhia, sob o enfoque da segurança e da confiabilidade.

Mas tudo isto não pode ser pensado sem que haja uma estrutura sólida de governança corporativa dentro de empresa, capaz não apenas de gerenciar os riscos, mas antevê-los, identificá-los e apurar soluções capazes de saná-los. E, mais que isto: estrutura esta formada por uma estrutura hábil a eleição e consolidação de valores e práticas inerentes ao modelo de gestão adotado, mediante a autocompreensão daquelas que são as maiores dificuldades havidas no ambiente empresarial voltado ao setor de saúde.

3.3.2 Da Ética à Governança Corporativa

Não há como compreender os programas de compliance à margem da governança corporativa. É que mecanismos de integridade, por si só, não tem o condão de redimensionar a importância que a empresa hospitalar atribui a preceitos éticos ou a diretrizes constitucionais. Há que existir uma estrutura de gestão, capaz de extrair dos problemas havidos nos serviços de saúde, os mecanismos necessários para gerenciar os riscos inerentes à empresa, em termos financeiros e sociais. O compliance, desprovido desta estrutura, torna-se tão programático quanto os princípios expostos ao longo desta análise, caso não operacionalizados por meio de um planejamento estratégico eficiente.

Com efeito, os resultados apontados acima certamente refletem aspectos da adoção dos programas de integridade. Sucede que, neste contexto, não se pode olvidar que os mecanismos atrelados a tais programas encontram-se permeados de aspectos éticos, tal qual ressaltado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC):

[...] de acordo com as melhores práticas de governança corporativa, o *compliance* deve ser tratado sob o ponto de vista da deliberação ética, como

mecanismo de cumprimento de leis, normas internas e externas, de proteção contra desvios de conduta e de preservação e geração de valor econômico³⁹⁶.

Importante destacar, neste contexto, o que – em termos precisos – se entende por governança corporativa. Consoante explica Wilde Cunha Colares, “a governança corporativa pode ser definida como um conjunto de princípios e práticas que permeiam um modelo de gestão”³⁹⁷. Esclarece, ainda, que referido conjunto de princípios deve constituir-se como base “para qualquer ato da organização, pois neles estão definidos claramente os papéis das partes envolvidas, suas respectivas obrigações, direitos e as soluções propostas para eventuais conflitos”³⁹⁸.

Ademais, evidencia-se que a adoção desta estrutura em determinada empresa possui finalidades, as quais foram apuradas em pesquisa realizada pela Delloite³⁹⁹. Os dados levantados revelaram que 17% das companhias visa assegurar sua conformação com as regulamentações existentes. Por outro lado, 13% objetiva treinar seus funcionários quanto aos requerimentos de adoção de políticas e procedimentos internos de controle. Outros 33% dividem igualmente suas pretensões em assegurar a) que o risco de reputação seja gerenciado de forma efetiva; b) que os riscos regulatórios sejam manejados de maneira eficaz; e c) que a conformidade à regulamentação propicie o desenvolvimento de novos serviços e produtos na entrada de novos mercados, locais ou internacionais.

Estes dados traduzem, portanto, em aspectos práticos, os apontamentos já realizados nesta obra quanto aos apontamentos feitos por Domingo Garía-Marzá no sentido de que “a tarefa primordial da ética empresarial consiste em ocupar-se das condições de possibilidade da credibilidade social da empresa e, portanto, da confiança nela depositada por parte de todos aqueles grupos que formam parte ou estão relacionados por sua atividade”⁴⁰⁰.

As práticas contidas nos programas de compliance, operacionalizados pela governança corporativa, atendem, assim, não apenas às novas responsabilidades empresarias. Antes, agregam valores sociais e, via de consequência, econômicos às organizações que dele se utilizam. Neste âmbito, verifica-se que dita ferramenta, além de garantir vantagem competitiva às empresas, garante-lhes uma forma lucrativa de aproximar-se de práticas

³⁹⁶ IBMG. *Compliance à luz da Governança Corporativa*. 2017. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/IBGC_Orienta/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>. Acesso em 27 de jul. 2019.

³⁹⁷ COLARES, Wilde Cunha. *op. cit.*, p. 33.

³⁹⁸ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁹⁹ DELOITTE. *Lei Anticorrupção: um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa*. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Lei_Anticorruptao.pdf>. Acesso em 27 de jul. 2019.

⁴⁰⁰ MARZÁ, Domingo García. *op. cit.*, p. 27.

socialmente esperadas, atribuindo-lhes a confiança de que necessitam para desenvolverem-se de forma duradoura, sólida e sustentável.

De acordo com a KPMG, uma estrutura do governança corporativa – que, na hipótese deste estudo, consubstancia-se no compliance – envolve componentes responsáveis pela prevenção, detecção e resposta em três linhas de defesa: a primeira, refere-se aos responsáveis pelos processos de negócio. A segunda, relaciona-se a gestão de riscos centralizadas. E, a terceira, à auditoria interna. Contudo, ao analisar a maturidade do compliance no Brasil em 2016, a empresa identificou que apenas 58% das companhias possuem mecanismos de gestão de risco e 42% os desconhecem⁴⁰¹. Isto coloca em evidência o fato de que, na realidade brasileira, as empresas não estabelecem, a rigor, diretrizes claras quanto as responsabilidades dos profissionais que nelas atuam, tampouco há notícias das repercussões dos códigos de conduta nas ações das partes interessadas.

O resultado disto explica a informação fornecida pelo presidente da Associação Nacional de Hospitais Privados, Francisco Balestrin, no sentido de que a falta de recursos financeiros não é o maior problema do sistema de saúde privado no Brasil. Na verdade, a má administração, o desperdício e a corrupção culminam em despesas desnecessárias com aquisição de produtos superfaturados, pagamentos de comissões ilícitas e desvios de material. De acordo com ele, um produto médico – a exemplo das próteses – pode ter seu preço elevado em oito vezes desde que sai da fábrica até a implantação no paciente⁴⁰².

Com a finalidade de evitar situações como estas, mediante a utilização de programas de governança operacionalizados pelo Compliance, o Hospital Albert Einstein editou um Manual Institucional de Diretrizes de Conduta Ética. Por meio do instrumento, ressaltou que “há uma crescente preocupação em relação à ética em geral e na assistência à saúde”⁴⁰³, razão pela qual “a atuação ética na saúde deve levar em conta as múltiplas formas de relacionamento entre os agentes envolvidos e os prestadores de serviços, seus diversificados interesses, a dinâmica e os valores econômicos relacionados e o ritmo das mudanças que fazem parte do cenário atual”⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ KPMG. *Pesquisa: Maturidade do Compliance no Brasil*. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2017/01/br-kpmg-pesquisa-maturidade-2a-edicao.pdf>>. Acesso em 27 de jul. 2019.

⁴⁰² ABRAMGE. Associação Brasileira de Planos de Saúde. *Há corrupção nos hospitais*. Disponível em: <<http://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/245-ha-corrupcao-nos-hospitais>>. Acesso em 30 de jul. 2019.

⁴⁰³ ALBERT EINSTEIN. *Manual institucional: diretrizes de conduta ética*. Disponível em: <https://www.einstein.br/Documentos%20Compartilhados/manual_conduta_etica.pdf>. Acesso em 30 de jul. 2019. p. 3.

⁴⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 3.

A instituição reconhece, ainda, que os desafios relacionados à i) concorrência na economia de mercado e à ii) correspondência das expectativas da sociedade quanto ao exercício da responsabilidade social agravam-se com os demais aspectos das atividades inerentes às organizações dos setores de saúde, dentre as quais iii) o processo de compras; iv) diferentes modelos de remuneração, v) gestão do acesso à saúde e vi) privacidade e segurança do paciente. Por este motivo, optou pela eleição de princípios judaicos para orientação das condutas de seus funcionários e colaboradores: a) *refuá* – saúde e cura; b) *tsedeká* – solidariedade, filantropia e justiça social; c) *chinuch* – educação, conhecimento e estudo; d) *mitzvá* – dever de cumprir boas ações.

O documento ressalta, também, que as pessoas que se relacionam com o hospital devem comunicar eventuais violações às diretrizes estabelecidas, fazendo-o por meio de um canal de denúncias disponibilizado via telefônica e informática. Além disto, prevê que os relatos poderão ser feitos de maneira anônima e, ainda, que a organização se compromete a “tratar os relatos com confidencialidade, justiça, profundidade, respeito e razoabilidade”⁴⁰⁵. Por fim, esclarece que o acompanhamento dos fatos será feito por meio do setor de Compliance, responsável por emitir recomendações e planos de ação acerca do episódio. Estes últimos, por sua vez, poderão consistir na revisão/alteração de procedimentos e imposição de medidas educativas ou disciplinares, sem prejuízo do ajuizamento de ações judiciais que entender-se cabíveis.

Em face do exposto, verifica-se que a necessidade de compatibilização dos interesses financeiros e sociais das empresas prestadoras de serviços de saúde no Brasil encontra respaldo constitucional nos princípios que orientam a ordem econômica, nas novas diretrizes da principiologia contratual contemporânea e nos referenciais bioéticas. Mas, mais que isto, esteia-se na busca por satisfazer anseios dos indivíduos, atrelados à responsabilidade social das companhias. Os programas de compliance tem revelado, assim, sua importância como forma de operacionalizar a gestão das empresas privadas voltadas aos serviços de saúde, pelo equilíbrio das ações necessárias ao lucro (ações instrumentais – sistema) e da eleição dos valores para nortear a conduta dos profissionais, evitando-se práticas fraudulentas, corruptas ou anti-éticas em detrimento da vida humana (ação comunicativa – mundo da vida).

⁴⁰⁵ Idem, ibidem.

CONCLUSÃO

A sociedade hodierna não se organiza como outrora. Com o advento da modernidade, os aspectos inerentes às relações intersubjetivas alteraram-se. As ações individuais, antes orientadas sob um mesmo *ethos* coletivo, tornaram-se mais complexas. Isto se deu – em grande parte – em razão do desenvolvimento do regime de produção capitalista, marcado pela divisão de novas e variadas funções do trabalho. Atrelado a isto, o domínio da técnica, antes aplicado apenas à natureza, transpôs-se às demais esferas sociais, fazendo eclodir a racionalidade de cunho instrumental e sistêmico.

Esta constatação foi feita por meio da Teoria Crítica da Sociedade, desenvolvida por Jürgen Habermas. Segundo o teórico, a mudança apontada – isto é, a passagem das sociedades tradicionais às pós-convencionais – se faz sentir, sobretudo, pela existência de duas modalidades de racionalidade: o agir instrumental, de um lado; e o agir comunicativo, de outro. O primeiro, atrelado à reprodução material da vida, busca atingir resultados pré-estabelecidos, da maneira mais eficaz possível. Daí a importância da técnica e a neutralidade sob o ponto de vista moral. O segundo, próprio da reprodução simbólica da vida, encontra-se associado – diferentemente – a pressupostos comunicativos. Para esta espécie, o procedimento orientado ao consenso, calçado no diálogo e na comunicação efetiva, confere legitimidade à determinada conduta.

Com efeito, demonstrou-se que, em decorrência de suas características, a racionalidade sistêmica tende a colonizar a comunicativa, o que deve ser combatido por meio de um processo de emancipação, propiciado pelo Direito, já que este figura como catalizador das duas espécies de agir apontados. Embora isto se faça sentir na sociedade como um todo, é no ambiente empresarial que isto se revela ainda mais evidente. E isto porque as companhias, inseridas em uma economia de mercado, não podem preterir o lucro, sob pena de sequer existirem.

Contudo, demonstrou-se que a racionalidade estritamente instrumental, no âmbito das empresas, não mais se sustenta. A sociedade passou a questionar os efeitos da atividade corporativa, o que, de certa maneira, culminou em uma crise de confiabilidade. O mesmo se aplica às corporações voltadas aos serviços de saúde, em que a prevalência do domínio técnico sobre os interesses sociais revela-se ainda mais preocupante, considerando que, neste contexto, as relações ultrapassam a esfera patrimonial e atingem aspectos existenciais dos indivíduos.

Diante disto, apontou-se que a superação da dualidade apontada – entre agir instrumental e comunicativo – deve ser buscada, também, nas empresas voltadas aos serviços de saúde. É que se estas estiverem preocupadas apenas com o lucro, além de minarem a confiança da sociedade, estarão afastadas da base constitucional e contratual contemporânea que lhes confere respaldo jurídico.

Ocorre que, a exemplo dos demais domínios sociais, a atividade empresarial hospitalar é, também, complexa. Demanda a análise de diversos procedimentos e a adequação destes à uma economia de mercado. Daí a necessidade de identificar qual é o elemento capaz de equilibrar interesses sistêmicos e pressupostos comunicativo-normativos nesta esfera multiforme, como forma de resgatar e manter a confiança exigida pelos pacientes-consumidores.

Para a finalidade específica deste estudo, elegeu-se o compliance como instrumento apto a reunir influxos sistêmicos e normativos no âmbito das empresas prestadoras de serviços de saúde. Conforme demonstrado, o compliance tem o condão de estabelecer diretrizes técnicas, ligadas a um planejamento estratégico que vise maximizar o lucro sem descuidar, com isto, de valores cuja observância se faz necessária para salvaguarda dos interesses sociais. Em outras palavras, pode fazer coexistir, a um só tempo, os pressupostos da livre iniciativa e, também, os referenciais bioéticos e contratuais contemporâneos, do que é boa-fé é um elemento significativo. Não descuidando, com isto, das principais matizes informantes do Direito Negocial.

Em síntese, demonstrou-se que a dualidade – que, até então, tem orientado a racionalidade das condutas – não necessariamente deve excluir uma modalidade de ação, seja ela de cunho instrumental ou comunicativo. Há possibilidade de coexistirem, mediante a persecução do lucro de maneira atenta aos interesses sociais. Para este equilíbrio, no entanto, é necessário reconhecer a importância da linguagem. Em outro dizer, faz-se mister estabelecer diretrizes normativas, de fato apreendidas no âmbito corporativo, capazes de orientar as condutas intersubjetivas, voltadas à justiça e ao bem comum.

ANEXO

ANEXO A – Modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido 1



| |
|------------------------------------|
| Colar etiqueta do Paciente |
| Nome: _____ |
| Data de nascimento: ____/____/____ |
| Registro: _____ |

**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO
- PROCEDIMENTO CIRÚRGICO -**

O termo descrito abaixo tem o objetivo de informar e esclarecer dúvidas quanto ao(s) exame(s)/procedimento(s) a ser(em) realizado(s), visando o cumprimento ético e legal quanto aos riscos do(s) exame(s)/procedimento(s).

Eu, _____, inscrito no CPF sob o nº _____, paciente ou responsável, declaro que fui informado pelo(a) médico(a) Dr.(a) _____ de que as avaliações e exames realizados revelam alteração (ões) do estado de saúde, sendo diagnosticado _____.

Recebi todas as informações necessárias quanto aos riscos, benefícios, alternativas de tratamento, bem como fui informado sobre os riscos e benefícios de não ser tomada nenhuma atitude terapêutica diante da natureza da(s) enfermidade(s) diagnosticada(s).

Compreendo que durante o(s) procedimento(s): _____ para tentar curar, ou melhorar a(s) supracitada(s) condição(ões) poderá(ão) apresentar-se outra(s) situação(ões) ainda não diagnosticada(s) pelo(s) exame(s) acima referido(s), assim como também poderá(ão) ocorrer situações imprevisível(eis) ou fortuitas.

Estou ciente que em procedimentos médicos invasivos, como citado, podem ocorrer complicações gerais como sangramento, infecção, problemas cardiovasculares e respiratórios.

Autorizo o médico identificado neste termo, bem como seus assistentes e/ou outros profissionais por ele selecionados a intervir no procedimento. Autorizo qualquer outro procedimento, exame, tratamento e/ou cirurgia, incluindo transfusão de sangue, em situações imprevistas que possam ocorrer e necessitem de cuidados diferentes daqueles inicialmente propostos.

Confirmo que li, recebi explicações, compreendo e concordo com tudo que me foi esclarecido e que me foi concedida a oportunidade de anular, questionar, alterar qualquer espaço, parágrafo ou palavras com as quais não concordasse. Tive a oportunidade de fazer perguntas que me foram respondidas satisfatoriamente, assim, tendo conhecimento, autorizo a realização do procedimento proposto.

PACIENTE / RESPONSÁVEL LEGAL

Nome: _____ RG: _____

Data de nasc.: ____/____/____ Grau de parentesco: _____

São Paulo, ____ de _____ de 20 ____.

Assinatura do paciente/representante legal



Preenchimento Obrigatório Médico

Eu, _____, CRM _____, médico(a) responsável pelo esclarecimento do procedimento, confirmo que expliquei detalhadamente para o paciente e/ou responsável, o propósito, benefícios, riscos e as alternativas para tratamento descrito. Acredito que o paciente/responsável está em condições de compreender o que lhe foi informado.

- Não foi possível a coleta deste Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, por tratar-se de situação de Emergência

São Paulo, ____ de _____ de 20__.

Assinatura / Carimbo do **médico**

ANEXO B – Modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido 2

SANTA PAULA
HOSPITAL

| (Preencher os dados quando não houver etiqueta) |
|---|
| Nome do Paciente: _____ |
| Data de nascimento: ____/____/____ |

TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO PARA PROCEDIMENTO CIRURGICO

O presente Termo de Consentimento Informado tem o objetivo de informar ao paciente e/ou responsável, quanto aos principais aspectos relacionados ao Procedimento Cirúrgico ao qual será submetido, complementando as informações prestadas pelo seu médico e pela equipe de profissionais e prestadores de serviços do Hospital Santa Paula.

Os campos abaixo deverão ser preenchidos pelo médico

Confirmo que expliquei detalhadamente para o paciente e/ou responsável o propósito, os benefícios, os riscos e as alternativas para o procedimento cirúrgico proposto.

Procedimento proposto: _____

Os principais riscos associados especificamente a este procedimento são: _____

O paciente e/ou responsável demonstrou entender o que foi explicado.

Nome do médico: _____

Assinatura: _____ CRM: _____

Os campos abaixo deverão ser preenchidos pelo paciente e/ou responsável

Eu, _____, inscrito no RG sob o nº _____ () paciente/ () responsável declaro que:

1. Foi informado que as avaliações e exames realizados revelaram alteração (ões) e diagnóstico(s) de meu estado de saúde, com indicação de realização do(s) procedimento(s) cirúrgico(s) descrito(s) acima.
2. Recebi todas as informações necessárias quanto aos riscos, benefícios e alternativas do procedimento proposto.
3. Compreendo que durante o procedimento poder-se apresentar outras situações ainda não diagnosticadas, assim como também poder-se ocorrer situações imprevisíveis ou fortuitas.
4. Estou ciente que em procedimentos médicos invasivos, como o proposto, podem ocorrer complicações graves como sangramento, infecção, problemas cardiovasculares e respiratórios.
5. Estou ciente de que para realizar o(s) procedimento(s) proposto (s), será necessário o emprego de anestesia, cujos métodos, as técnicas e os fármacos serão indicados pelo médico anestesista, estando também ciente dos riscos e benefícios e alternativa.
6. Autorizo o Dr acima citado, bem como seus assistentes e/ou outros profissionais por ele selecionados a intervir no procedimento.
7. Autorizo qualquer outro procedimento, exame, tratamento e/ou cirurgia, incluindo transfusão de sangue, em situações imprevistas que possam ocorrer e necessitem de cuidados diferentes daqueles inicialmente propostos.
8. Confirmando que recebi explicações, li, compreendo e concordo com tudo que me foi esclarecido e que me foi concedido a oportunidade de anular, questionar, alterar qualquer espaço, parágrafo ou palavras com as quais não concordasse. Tive a oportunidade de fazer perguntas que me foram respondidas satisfatoriamente. Assim, tendo conhecimento, autorizo a realização do procedimento proposto.

Assinatura do paciente e/ou responsável: _____

REFERÊNCIAS

ABRAMGE. Associação Brasileira de Planos de Saúde. *Há corrupção nos hospitais*. Disponível em: <<http://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/245-ha-corrupcao-nos-hospitais>>. Acesso em 30 de jul. 2019.

ABREU, Luís Machado de. Da ética do sábio à moral cosmopolita. In: ALVES, João Lopes (Coord.). *Ética e o futuro da democracia*. Lisboa: Colibri, 1998.

ALBERT EINSTEIN. *Manual institucional: diretrizes de conduta ética*. Disponível em: <https://www.einstein.br/Documentos%20Compartilhados/manual_conduta_etica.pdf>. Acesso em 30 de jul. 2019.

AMARAL, FRANCISCO. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org). *Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui: Boreal, 2015.

_____. A tensão entre direitos humanos e soberania popular na reconstrução do sistema de direitos em Habermas. In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. *Estudos em direito negocial: relações privadas e direitos humanos*. Birigui: Boreal, 2015.

_____; BANNWART, Michele Christiane de Souza. Aspectos normativos da responsabilidade social na cultura empresarial. In: BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinícius Chein; KEMPFER, Marlene (Orgs). *Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade*. Juiz de Fora: UFJF, 2013.

BARBOSA, Alaor. *Norberto Bobbio e o positivismo jurídico*. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, p. 283-292, jan./mar. 1988.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de; *et. al.* Surgimento e evolução da responsabilidade social empresarial: uma reflexão teórico-analítica. In: SILVA FILHO, Cândido Ferreira da; *et. al.* (Orgs.). *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. Campinas: Alínea, 2008.

BORBA, Valdir Ribeiro. *Do planejamento ao controle de gestão hospitalar: instrumento para o desenvolvimento empresarial e técnico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

_____; LISBOA, Teresinha Covas. *Teoria geral de administração hospitalar: estrutura e evolução do processo de gestão hospitalar*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 de jan. 2019.

_____. *Decreto nº 8.420/15*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos

contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em 27 de jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 15 de jun. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 15 de jul. 2019.

_____. *Lei nº 12.846/13*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 27 de jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial nº 1097590/MG*. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 11/04/2019. DJe 08/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial nº 1359566/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 18/06/2019. DJe 28/06/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1664908/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24/10/2017. DJe 30/10/2017.

BRITO, José de Sousa e. *Razão democrática e direito*. In: ALVES, João Lopes (Coord.). *Ético e o futuro da democracia*. Lisboa: Colibri, 1998.

CAMARGO, Renata Freitas de. *Lei Sarbanes-Oxley: aprimorando a prestação de contas com a SOx*. Disponível em: < <https://www.treasury.com.br/blog/sox-lei-sarbanes-oxley/>>. Acesso em 25 de jul. 2019.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial*. v.1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. São Paulo, Insper, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução nº 2.217m de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

_____. *Recomendação nº 1/2016*. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: < <https://www.ghc.com.br/files/Sobre%20Consentimento%20Informado.pdf>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

CORTINA, Adela. *Cidadãos no mundo: para uma teoria da cidadania*. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. Planejamento estratégico e medidas de desempenho. In: COUTO, Renato Camargos; PEDROSA, Tania Moreira Grillo. *Hospital: acreditação e gestão em saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). *Direito fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DELOITTE. *Lei Anticorrupção: um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa*. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Lei_Anticorruptao.pdf>. Acesso em 27 de jul. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOS SANTOS, Renato Almeida; GUEVARA, Arnaldo José de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches; FERRAZ-NETO, Bem-Hur. *Compliance e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações*. Revista Einsten: São Paulo. v. 10. n. 1. jan/mar 2012.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

DW. *Escândalo da corrupção na Siemens atinge 1,3 milhões de euros*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/esc%C3%A2ndalo-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-na-siemens-atinge-13-bilh%C3%A3o-de-euros/a-2881659-0>>. Acesso em 20 de mai. 2019.

EM. *Escândalo de corrupção da Odebrecht vira tema de debate no Congresso americano*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/03/27/interna_politica,1041558/escandalo-de-corrupcao-da-odebrecht-vira-tema-de-debate-no-congresso-a.shtml>. Acesso em 17 de mai. 2019.

ÉPOCA NEGÓCIOS. *Gestão de risco e compliance fazem a diferença: melhoria nos sistemas de controle traz vantagem competitiva e maior valorização no longo prazo*. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Publicidade/Petrobras/noticia/2017/06/gestao-de-risco-e-compliance-fazem-diferenca.html>>. Acesso em 27 de jul. 2019.

ERNST & YOUNG. *Transformando risco em resultados: como as empresas utilizam a gestão de riscos para impulsar o desempenho?* Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/transformando_riscos_em_resultados/\\$File/Apresentacao_Transformando_Riscos_em%20Resultados.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/transformando_riscos_em_resultados/$File/Apresentacao_Transformando_Riscos_em%20Resultados.pdf)>. Acesso em 27 de jul. 2019.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

G1. *Máfia das próteses: médicos são presos no DF na 5ª fase da operação*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/05/03/mafia-das-proteses-medicos-sao-presos-no-df-na-5a-fase-da-operacao.ghtml>>. Acesso em 01 de jun. 2019.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa*. Trad. Jovino Pizzi. Pelotas: Educat, 2008.

GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN (OWiG). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__130.html>. Acesso em 19 de jul. 2019.

IBMG. *Compliance à luz da Governança Corporativa*. 2017. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/IBGC_Orienta/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>. Acesso em 27 de jul. 2019.

GIRARDI, Sábado Nicolau; *et. al.* *Modalidades de contratação de remuneração do trabalho médico: os conceitos e evidências internacionais*. Organização Pan-Americana da Saúde. PWR Brasil. Disponível em: http://www.observearh.org.br/observearh/repertorio/Repertorio_ObservaRH/NESCON-UFMG/Modalidades_contratacao_trabalho_medico.pdf>. Acesso em 07 de jun. 2019.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HABERMAS, Jürgen Habermas. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. trad. Vamrich Chacon. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.2. trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O futuro da natureza humana*. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1968.

_____. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. trad. Flávio Beno Siebebeichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. O Estado no início e na consolidação da reforma orientada para o mercado. In: SOLA, Lourdes (Org.). *Estado, mercado e democracia: política e economia comparadas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

HANSEN, Gilvan Luiz. A teoria crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (Org.). *Direito e Teoria Crítica*. Birigui: Boreal, 2015, p. 398-414.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa 2. ed. São Paulo: 34, 2009.

HOSPITAL NOVE DE JULHO. *Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: procedimento cirúrgico*. Disponível em: <<https://www.h9j.com.br/corpo-clinico/PublishingImages/Paginas/documentos-e-manuais/Termo%20de%20Consentimento%20livre%20e%20esclarecido%20Cirurgico.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2019.

HOSPITAL SANTA PAULA. *Termo de Consentimento Informado para Procedimento Cirúrgico*. Disponível em: <<http://www.santapaula.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2019.

KLOTTER, Philip. *Capitalismo em confronto: soluções reais para os problemas de um sistema econômico*. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

KPMG. *Pesquisa: Maturidade do Compliance no Brasil*. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2017/01/br-kpmg-pesquisa-maturidade-2a-edicao.pdf>>. Acesso em 27 de jul. 2019.

LARUCCIA, Mauro Maria; KAREN, Junko Yamada. *O desenvolvimento sustentável e a gestão de compliance em instituições financeiras*. Estratégica. v. 11 (02). dez/2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MATTOS, Isadora Benvenuti de; MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin. Crimes do colarinho branco: estudo criminológico do uso abusivo de tecnologias médico-cirúrgicas em procedimentos cardiológicos. In: SILVEIRA, Alexandre Marques; BUZZATTI, Anna Maria Stella; CADORES, Caroline Bresolin Maia (Orgs). *Direito, Democracia e Dano Social*. Porto Alegre: Fi, 2018.

MCGUIRE, Joseph W. *A empresa e a sociedade*. Trad. Luiz Fernando Cruz Marcondes e Simon Jesus. Lisboa: Fundo de Cultura, 1965.

MEDEIROS, Marlise Barros de. *et. al. Dilemas éticos em UTI: contribuição da Teoria dos Valores de Max Scheler*. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília, 2012. mar-abr. 65 (2): 276-84.

MENDES, Francisco Schertel. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. Prefácio.

MOLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. A Teoria Crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Coord). *O Direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEPPERS, Don; ROGERS, Martha. *Empresa 1:1: instrumentos para competir na era da interatividade*. Trad. Lenke Peres. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadores de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PONA, Willian Pona. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretrizes antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

REIS, Carlos Nelson dos; MEDEIROS, Luiz Edgar. *Responsabilidade social das empresas e balanço social: meios propulsores do desenvolvimento econômico e social*. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Revista de Informação Legislativa. ano 52. n. 205. jan/mar. 2015.

RIBEIRO FILHO, José Francisco. *Controladoria hospitalar*. São Paulo: Atlas, 2005.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução geral à coleção: os pressupostos e os desafios. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; LEITE, George Salomão (Org). *Direito fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

SORATTO, Maria Tereza. *et. al. Dilemas éticos da equipe de enfermagem frente à ordem de não ressuscitar*. Revista Bio&Thikos. Centro Universitário São Camilo. 2010 (4). 431-436.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.

STAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

SUTTON, John. *Technology and Market structure: theory and history*. Cambridge: The MIT Press, 2001.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética, direito e justiça. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy Livraria, 2003.

WHITE, Sthepen. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.