

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 21, n. 3, nov. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA





REITOR

Profa. Dra. Berenice Quinzani Jordão

VICE-REITOR

Prof. Dr. Ludoviko Carnasciali dos Santos

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^ª Dr^ª Maria Helena Pelegrinelli Fungaro

Diretora de Pesquisa: Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Ms. Azenil Staviski

Vice-Diretor: Prof. Ms. Carlos José Cogo Milanez

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof^ª. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
- Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.

Descrição baseada em: Vol. 20, N. 1 (Jan./Abr. 2016).

ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX - vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 21, n. 3, nov. 2017

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



Universidade Estadual
de Londrina

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor

Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC)

Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP)

Jussara Suzi Assis Borges Ferreira (Universidade de Marília/SP)

Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /Espanha)

Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC)

Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile)

Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Bruna Migliaccio Setti, Eduardo Bueno Rodrigues, Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi, Laudicena de Fátima Ribeiro, Luana Michalski de Almeida Bertolla, Natali Silvana Zwaretch, Rafael Duarte de Salvi, Uiana Vendrame Pereira.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Adriana Silva Maillart (Uninove/SP)
 Alvaro Azevedo Gonzaga (PUC/SP)
 Bruno Valverde Chahaira (UNIR/RO)
 Daiane Moura de Aguiar (UNISINOS/RS)
 Darci Guimarães Ribeiro (UNISINOS/RS)
 Eloy Pereira Lemos Junior (UIT/MG)
 Fernando de Brito Alves (UENP/PR)
 Hugo Segundo (UFC/CE)
 Jair Teixeira dos Reis (FSG/ES)
 Lourival José de Oliveira (UEL/PR)
 Marcos Vinício Chein Feres (UFJF/MG)

Maria Priscila Soares Berro (UNIR/RO)
 Marialice Antão de Oliveira Dias (FARO/RO)
 Nathaly Campitelli Roque (PUC/SP)
 Regina Martinez (FMU/SP)
 Ronaldo Lindimar José Marton (UCB/DF)
 Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ/RJ)
 Thais Bernardes Maganhini (UNIR/RO)
 Valmir César Pozzetti (UFAM/AM)
 Welber Oliveira Barral (UFSC/SC)
 William Santos Ferreira (PUC/SP)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

Sumário | Contents

Editorial	7
PROTEÇÃO AMBIENTAL, DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E ACESSO À JUSTIÇA	9
ENVIRONMENTAL PROTECTION, REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND ACCESS TO JUSTICE	
<i>Alexandre Abel Mariotti, Bruna Souza Fernandes e Carlos Alberto Lunelli</i>	
SOBERANIA E NACIONALIDADE: AS DIFERENTES CONDUTAS DOS ESTADOS DIANTE DA APATRIDIA NA AMÉRICA LATINA ...	43
SOVEREIGNTY AND NATIONALITY: STATES' VARYING CONDUCTS TOWARD THE STATELESS IN LATIN AMERICA	
<i>Eduardo Manuel Val e Simone Alvarez Lima</i>	
O MANDADO DE INJUNÇÃO PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO E À REVISÃO ANUAL DO SERVIDOR PÚBLICO	70
THE ROLE OF THE ORDER OF INJUNCTION IN GUARANTEEING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF IRREDUCIBILITY AND YEARLY REVISION OF THE CIVIL SERVANT'S SALARY	
<i>Carolina Bastos Siqueira e Elda Coelho de Azevedo Bussinger</i>	
TECNOLOGIA E TRABALHO NA ERA DA INFORMAÇÃO	99
TECHNOLOGY AND WORK IN THE INFORMATION AGE	
<i>Sandra Lúcia Aparecida Pinto e Luciana Cristina de Souza</i>	
RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO DE PESSOAS JURÍDICAS: UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DE SEUS MEIOS MAIS EFICIENTES	125
CREDIT RECOVERY OF LEGAL PERSONS: A PROPOSAL OF REFORMULATION FOR ITS MOST EFFICIENT WAYS	
<i>Manuela Brito Câmara e Lilia Maia de Moraes Sales</i>	
DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES À LUZ DAS ALTERAÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	158
DISSOLUTION OF COMPANIES IN LIGHT OF THE CHANGES BROUGHT ON BY THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015	
<i>Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo da Silva Sant'Anna</i>	

A EFETIVAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DIREITO DE RETIRADA.....	189
THE EXTRAJUDICIAL EFFECTIVENESS OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL	

Felipe Fernandes Ribeiro Maia e Pedro Ernesto Gomes Rocha

DEMOCRACIA E CONFLITOS DE ÓDIO: BUSCA PELA CONVIVÊNCIA PACÍFICA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	225
DEMOCRACY AND HATRED BASED CONFLICTS: THE QUEST FOR A PEACEFUL COEXISTENCE WITH THE USE OF COMMUNITY- BASED MEDIATION	

Thiago Anastácio Carcará e Clarissa Fonseca Maia

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS	248
OBJECTIVE GOOD FAITH AS A DENSIFIER OF HUMAN DIGNITY IN BUSINESS RELATIONS	

Ana Paula Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi

A CONTRIBUIÇÃO DO MARCO RUGGIE AOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	287
THE LANDMARK RUGGIE CONTRIBUTION TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES	

Bruna Migliaccio Setti, Marcos Claro da Silva e Tânia Lobo Muniz

RESENHAS / REVIEWS

A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL: ENSAIOS POLÍTICOS	323
THE POST-NATIONAL CONSTELLATION: POLITICAL TESTE	

Luana da Costa Leão

INSTRUÇÕES AOS AUTORES	326
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Caro leitor, saudações!

Temos o prazer de apresentar o número 3 da 21ª edição, compartilhando-a com toda a comunidade jurídica nacional e internacional. De fato, o comprometimento com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis/Capes, enfim, todos os elementos que compõem uma revista científica de relevância continuam sendo rigorosamente cumpridos.

Nesse volume, a pluralidade de assuntos tratados pelos autores, que conta com a resenha da obra “A constelação pós-nacional: ensaios políticos”, de Jürgen Habermas e mais dez artigos, tocam em diversas áreas do direito, tais como: a) Proteção ambiental, democracia e acesso à justiça; b) Soberania e nacionalidade; c) O mandado de injunção para garantir o direito fundamental à irredutibilidade de vencimento e à revisão anual do servidor público; d) Tecnologia e trabalho na era da informação; e) Recuperação de crédito de pessoas jurídicas; f) Dissolução das sociedades à luz das alterações previstas no Código de Processo Civil de 2015; g) A efetivação extrajudicial do direito de retirada; h) Democracia e conflitos de ódio; i) O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações comerciais; e j) A contribuição do Marco Ruggie aos objetivos do desenvolvimento sustentável.

Assim, a Revista Scientia Iuris fecha o

seu 20º ano de vida, consolidando uma trajetória consistente, porém, inquieta. Esperamos que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, suscitando dúvidas e não certezas, questionamentos e não dogmas, discussão em lugar do silêncio; enfim, que possamos ser “solo”, “semente”, “adubo” ou “água” a auxiliar o desenvolvimento do conhecimento.

Encerramos o ano com o dever cumprido e em cada passo, ainda que pequeno, há gratidão, pois temos consciência de que editar uma revista é um trabalho de equipe. Por isso, agradecemos a cada um que se empenhou para que chegássemos a esse resultado, mas em especial à você - leitor, autor, avaliador, colaborador técnico... Muito obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

PROTEÇÃO AMBIENTAL, DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E ACESSO À JUSTIÇA

ENVIRONMENTAL PROTECTION,
REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND ACCESS
TO JUSTICE

Alexandre Abel Mariotti*
Bruna Souza Fernandes**
Carlos Alberto Lunelli***

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, USC, Brasil. Especialista em Direito Ambiental em 2005 pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA, Brasil.
Graduado em Direito em 1998 pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA, Brasil.
Email: amariotti@via-rs.net.

** Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, USC, Brasil. Graduada em Direito em 2013 pela Universidade de Caxias do Sul, USC, Brasil. Email: bru.sfernandes@hotmail.com.

*** Doutor em Direito em 2006 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil.
Mestre em Direito em 1999 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil. Especialista em Teoria Geral do Direito em 1996 pela Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil.
Graduado em Direito em 1992 pela Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil.
Email: calunelli@gmail.com.

Como citar: MARIOTTI, Alexandre Abel; FERNANDES, Bruna Souza; LUNELLI, Carlos Alberto. Proteção ambiental, democracia representativa e acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.9-42, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p9. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Numa sociedade democrática, o cidadão passa aos mandatários eleitos os seus desejos, porém não é possível que a população participe de maneira ativa se não possuir educação ambiental e acesso à informação. O trabalho aborda a relação entre a democracia representativa, o direito à informação e educação e o reflexo desta relação no âmbito do Poder Judiciário, sendo este o garantidor dos direitos assegurados na Constituição Federal. Assim, é preciso que a justiça possua meios de garantir celeridade em tais questões, porque em matéria ambiental a duração razoável do

processo é ponto crucial. Para esta pesquisa foi utilizado o método hermenêutico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Democracia representativa. Direito ambiental. Acesso à justiça.

Abstract: In democratic societies, citizens transfer their wishes to elected representatives; however, it goes without notice that active participation is not possible if the population lacks environmental education and access to information. In light of this, this paper addresses the relationship between representative democracies; the right to information and education; and the reflection of this in the judiciary branch – who is a protector of the liberties and rights of the Federal Constitution. Moreover, an effective justice needs to be prompt in guaranteeing these issues because for environmental questions, a lawsuit's duration plays a crucial role. This research used the hermeneutic method and the technique of bibliographical research.

Keywords: Representative democracy. Environmental right. Access to justice.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição da República Federativa do Brasil consolida o Estado Democrático de Direito e a partir deste alicerce constata-se dois tipos de democracia: a participativa e a representativa. A primeira é constantemente analisada pela doutrina nacional no âmbito do Direito Ambiental por ter reflexo em importantes instrumentos na área, como a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo. A segunda - em que o mandatário exerce função em virtude do voto recebido nas eleições - permanece em segundo plano. É nessa, a democracia representativa, que é aprofundado o estudo deste trabalho em virtude de sua relevância. Portanto, o problema a ser enfrentado é se a proteção do bem ambiental pode ser realizada por intermédio de uma democracia representativa desinformada e sem o conhecimento acerca do meio ambiente, assim como dos instrumentos legais que lhe são disponibilizados.

Este artigo aborda, inicialmente, o modo dispensado pelo constituinte para a construção da democracia representativa, apresentando a forma disposta na Constituição sobre a proteção do bem ambiental, bem como a efetiva participação de uma sociedade que se espera consciente no momento de votar.

Num segundo momento, é apresentada a forma e importância dos direitos a informação e a educação ambiental, assim como esses se organizam e capacitam os cidadãos para uma efetiva defesa do meio ambiente.

Por fim, discute-se a necessária participação do Estado na construção do exercício pleno da educação ambiental com um amplo acesso à informação aos cidadãos, tendo o Poder Judiciário como assegurador desses direitos e baluarte de uma possível proteção ambiental

pela sociedade. Para tanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido constitucionalmente, assegura a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a garantia de direitos, sendo abordada a questão do acesso à justiça quanto ao exercício da democracia e proteção ambiental.

Deste modo, tem-se que as questões ambientais não podem esperar por soluções, já que se está à beira de um colapso e, por tal motivo, há necessidade de se travar um debate sério e aprofundado sobre a imprescindibilidade de conscientizar a população acerca de uma poderosa ferramenta que lhe é disponibilizada para a mudança: o voto consciente aos mandatários, o qual efetivamente represente os anseios da população na proteção do bem ambiental. Porém, a consciência com relação ao voto e com relação às questões ambientais só nascerá a partir do momento em que o direito à informação e o direito à educação forem amplamente assegurados.

1 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A proteção ambiental é tema relevante que precisa ser objeto de discussão, mas de forma abrangente para que todos tomem consciência dos desafios que a humanidade enfrenta para garantir a sobrevivência da espécie humana. Quando se trata de questão ambiental não se almeja apenas à sobrevivência das presentes gerações, mas uma vida digna para as presentes e futuras gerações não se permitindo que as gerações futuras paguem o preço do descaso em que vive a presente geração e em que viveram as gerações passadas.

Ost (1997, p. 395) afirma que “uma coisa é certa: a responsabilidade em relação às gerações futuras e a elaboração de um patrimônio natural

comum, começam aqui e agora. Eles não têm outro advogado de defesa que não o cidadão, o utilizador e o consumidor que nós somos”.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a democracia é o regime político de governo, destacando a necessidade de proteção ambiental em seu artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, preocupa-se com a questão da participação popular como forma de incluir a sociedade como um todo nas questões que envolvem o meio ambiente.

Ora, o Brasil é possuidor de um dos maiores patrimônios ecológicos da Terra. Defender esse patrimônio constitui tarefa ingente e obrigatória da humanidade, como fator de sua própria sobrevivência. Aliás, como já visto, a Constituição brasileira ressalva que a defesa e preservação do meio ambiente devem ser alcançadas não apenas no interesse das presentes gerações, mas também das futuras. Ao preceito jurídico acrescenta-se a obrigação ética de solidariedade da espécie humana e o planeta Terra (MILARÉ, 2014, p. 223).

Por sua vez, a participação popular encontra-se disposta no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988), instituindo-se o regime democrático. Com relação ao meio ambiente, o fundamento genérico da participação popular está disposto no caput do citado artigo 225 da Constituição (CANOTILHO,

2015, p. 201).

Quando se abordada à questão da coletividade em defesa do meio ambiente, é essencial discutir quem é o povo, porque é pelo povo que o Estado manifesta a sua vontade, sendo o povo nada mais do que o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado, ou seja, povo é o substrato humano do território de um determinado Estado - não há Estado sem povo. E nesta senda, é o Direito que determina se alguém faz ou não parte do povo de determinado Estado. O povo é, portanto, a união de cidadãos, “titular de direitos e deveres”. E neste interim, é importante a distinção entre povo e população, porque a população é a totalidade de pessoas que estão no Estado, isto é, a população é o grande grupo que a abrange o povo (BASTOS, 1995, p. 18-73).

A democracia constitucional deve ser percebida como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo, no sentido de que o povo é soberano; emana poder e emite decisões – pelas maiorias e por seus representantes –, e deve visar o bem comum dos indivíduos e da comunidade (BIELSCHWSKI, 2013, p. 88).

Canotilho e Leite (2011, p. 184) destacam que a atual Constituição é “extremamente aberta” em sentido democrático ambiental, pois busca a participação de “todos” na defesa e na preservação do meio ambiente. Ou seja, a problemática da política ambiental só poderá ser resolvida quando houver o reconhecimento que o meio ambiente, o Estado e os cidadãos são apenas um e a partir desse reconhecimento, sejam “garantidos instrumentos de ação conjunta”.

Dessa forma, o Direito Ambiental “exige ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, de preservação e reconstituição”, de forma a assegurar aquilo que já existe (bem ambiental)

e não apenas se preocupar em criar o que ainda não existe (direitos sociais – habitação, saúde) (LEITE; AYALA, 2004, p. 39).

Nesse sentido, a Constituição Federal é o reflexo do desejo de se ter uma sociedade livre, justa e solidária – como é trazido no texto constitucional, artigo 3º, I (BRASIL, 1988), como um dos objetivos fundamentais – tal objetivo para ser alcançado, necessita de uma democracia (representativa e participativa), “capaz de realizar os valores de igualdade, liberdade e fraternidade” (MATTOS NETO; LAMARÃO NETO; SANTANA, 2012, p. 9). Assim, quando dispõe em seu texto a possibilidade de uma democracia realizada pelos representantes eleitos ou diretamente, contempla a possibilidade de realização conjunta da democracia representativa com a democracia participativa ou direta. Logo, a produção de decisões políticas advindas da atuação de representantes eleitos (vereadores, prefeitos, deputados estaduais, governadores, deputados federais, senadores e presidente da República) ou diretamente dos eleitores, abre a perspectiva de um modelo misto, de democracia semidireta. Neste passo, a Constituição Federal estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (art. 14) (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 72).

Tratar-se-á apenas uma forma de exercício da soberania popular, a democracia representativa (pela eleição de representantes), como objeto desse estudo, pois quando abordada em conjunto com o Direito Ambiental é matéria menos discutida que a forma participativa e porque é questão de alta relevância no atual momento político do país. Na forma representativa, mesmo que a visualização seja mais difícil, o povo exerce seu poder soberano de escolha e participação, desde as eleições, com

a escolha de seus representantes, pelo voto direto, secreto e universal, conforme prescreve o artigo 60, §4º, II (BRASIL, 1988). Além disso, o representante eleito deve exercer seu mandato visando atingir aquilo que o povo almeja, nesse sentido destaca Comparato (2012, p. 204): “O representante, mesmo em direito público, age por conta do representado; vale dizer, os poderes que o representante exerce não lhe pertencem, mas lhe foram delegados pelo povo, a quem ele deve prestar contas do exercício do mandato.”

Na mesma linha Chaui (1997, p. 289) leciona que “representar é estar no lugar de, falar por e agir por”. Ou seja, a pessoa do representante é portadora da “multiplicidade dos representados”. Assim, o representante, com seus atos, deve refletir aquilo que o povo almeja.

Mesmo que a palavra representação tenha diversos significados, talvez o conceito mais simples de representação seja o enunciado por Ribeiro (2001, p. 30) ao afirmar que a representação é “tornar presente o ausente”. Dessa forma, se não é possível comparecer a uma assembleia é feita uma procuração para que alguém seja o representante. Assim, o ausente, torna-se presente. Outro conceito de democracia representativa de fácil compreensão é a formulada por Bobbio (1987, p. 44):

A expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que delas fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta.

Milaré (2014, p. 215), para demonstrar que o mandatário é, no sentido mais simples da palavra, apenas um representante, afirma que em

um regime democrático o Poder Público é “poder”, mas é limitado por ser exercido “tão somente no interesse geral da população, particularmente em se tratando de interesses difusos e da tutela de bens indisponíveis”.

Como exemplo da importância que um mandatário exerce no Estado brasileiro Comparato (2012, p. 205) destaca as emendas constitucionais, em que o povo delega o poder, a cada legislatura, aos novos representantes eleitos. Porém, o autor destaca que o povo não tem consciência de que, a cada eleição, está outorgando plenos poderes ao Congresso Nacional para emendar a Constituição. Assim, o exercício da soberania popular por meio da eleição de novos representantes, que se dá num espaço curto de tempo, a cada dois anos (eleições municipais e eleições estaduais e federais) concede um poder grandioso ao povo, por vezes desperdiçado, uma vez que não se reflete sobre a importância do voto, o qual transfere aos representantes eleitos o poder de contribuir ou não para questões importantíssimas, entre elas a questão ambiental, como bem esclarece Ost (1997, p. 395): “é o debate democrático, agora interpelado pela urgência de desafios inéditos, que deverão proceder as decisões suscetíveis de influir na nossa forma de habitar a terra.” Nesse mesmo sentido, destaca-se:

Portanto, a democracia constitucional é aquela que representa essa “alma única” existente entre soberania popular e direitos fundamentais, entre liberdades positivas e liberdades negativas, entre igualdade formal e igualdade material, enfim, entre liberdade e igualdade. Mais precisamente, a democracia constitucional registra-se como sendo o regime político essencialmente comprometido com a dignidade da pessoa humana, encarando esta enquanto marco cultural comum e integralizador da comunidade jurídico-política que caracteriza o

Estado Democrático de Direito (BIELSCHWSKY, 2013, p. 93-94).

Com relação à consciência na hora do voto, Ribeiro (2001, p. 33) afirma que há pessoas que votam com mais consciência e outras menos, umas refletem sobre os candidatos e programas e outras agem como se a eleição fosse uma loteria. E reconhece ainda que a “boca de urna” é um sinal de que muitas pessoas chegam no dia das eleições indecisas quanto ao voto.

O fato é que a vontade da maioria dos cidadãos deve prevalecer, mas o Estado de Direito nem sempre é garantia de segurança jurídica. O que o rege, essencialmente, é o regime democrático. É a democracia que sustenta os direitos inerentes do cidadão e essa proteção não acontece em regimes totalitários ou ditatoriais, onde havendo um golpe se suspenderá a garantia dos direitos fundamentais (SIRVINSKAS, 2008, p. 156). Nesse mesmo viés, sustenta Chaui (1997, p. 296) que “não é demais lembrar que, durante sua vigência, o regime autoritário se afirma e se considera um regime repressivo”.

Com relação ao poder na democracia é interessante a visão de Rocha (1998, p. 102), quando assegura que a democracia esvazia o poder, porque ele passa da mão de um para a mão de todos e por isso pertence a todos e a ninguém. Não se pretende dizer que o Estado deixe de ser o polo fundamental das decisões, mas a soberania é deslocada do monopólio para o social. O autor sustenta que a democracia gera indeterminação social, porque deixa de existir a legitimidade centralizada para que passe a existir um direito à legitimidade a ser conquistado. Ela gera uma nova forma social, que se baseia na legitimação do conflito e consequentemente na criação das suas próprias regras. Nessa seara sustenta

Ou seja, a crise do direito implica numa crise de governabilidade e, entre outras consequências, na decretação de irracionalidade da opinião pública, na incapacidade dos especialistas em operacionalizar a razão estratégica e, principalmente, para os nossos interesses nesse texto, na decretação da falência do direito e da democracia (ROCHA, 1998, p. 163).

Na realidade, o poder popular é instrumento da democracia representativa, sem o qual ela não existiria. Para que o poder popular seja chamado de democrático há necessidade de existir a “livre escolha, em intervalos regulares, dos governantes pelos governados”, ou seja, o poder popular precisa ser outorgado e renovado da mesma forma que não existe democracia se uma parcela significativa da população não tiver o direito ao voto. Touraine (1996, p. 42-43) avalia que a impossibilidade das mulheres votarem (que já foi superado) assim como a proibição do voto àqueles que não atingiram determinada idade (ainda em vigor) cria um desequilíbrio no corpo eleitoral, porque gera um maior número de votos da parcela da população aposentada e idosa.

Bobbio (1987, p. 55) tem uma visão divergente, com relação ao desenvolvimento democrático, quando afirma que não importa o número de eleitores, mas sim o número de instâncias não políticas nas quais é possível exercer o direito ao voto, ou seja, o desenvolvimento da democracia se dá com a ocupação dos espaços “dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”. Nessa linha diz o autor

Hoje, se se quer apontar um índice do desenvolvimento democrático este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se

exerce o direito de voto; sintética mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado da democratização num dado país o critério não deve mais ser o de “quem” vota, mas o de “onde” se vota (e fique claro que aqui entendo o “votar” como ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação do voto) (BOBBIO, 1987, p. 56).

Para que a democracia, a partir da eleição pelo povo de seus representantes, não se trate apenas de um mero procedimento, é necessário que os direitos fundamentais sejam assegurados e que os indivíduos se sintam cidadãos para terem uma participação efetiva. Assim, é preciso que o Estado e a sociedade civil permaneçam ligados pela representatividade dos mandatários, pois é a partir da interdependência entre direitos fundamentais, cidadania e representatividade que a democracia é constituída (TOURAINÉ, 1996, p. 43).

Como afirma Müller (2013, p. 74) “se a política não for sumariamente feita considerando o interesse da população real do país, a ‘Democracia’ representará, sobretudo, apenas um sistema formal”. Nessa mesma linha afirma Ribeiro (2001, p. 32): “Na democracia o voto não é mero procedimento (como o sorteio), e sim a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais que o outro.”

Existe a ideia de que o voto tem valor igual para todos, não importando quaisquer distinções, como é a regra no Direito brasileiro, conforme segue:

Isso significa: ao converter-nos em “cidadãos”, cada um de nós é só um centro de “imputação” (que diria

Kelsen: algo assim como um lugar geométrico de referência) de “direitos de liberdade”; nada importa: a raça, o sexo, a cultura, a riqueza, a pobreza... reais, nem nossas distintas cargas de deveres, que nos fariam ver-nos como somos, ou seja, diferentes: como “cidadãos” somos iguais. E graças a essa igualdade, nosso voto é igual: pesa, influi o mesmo, o do cigano e o do camponês, o do banqueiro e o do aposentado... E, efetivamente, os votos contam iguais (CAPELLA, 1998, p. 140).

Já Ribeiro (2001, p. 33) faz uma reflexão com relação ao valor do voto entre aqueles que fazem uma escolha consciente e aqueles que não a fazem e deixa o seguinte questionamento: “É legítimo igualar os votos de quem escolheu conscientemente e de quem não o fez?”.

Para que o povo como um todo exerça sua cidadania como forma de proteção ambiental, é fundamental que esteja informado e educado. Não é possível uma participação ativa sem o mínimo de conhecimento acerca do assunto e da importância da discussão. Nesse sentido Canotilho (2015, p. 202) afirma “que a participação popular se completa com a informação e a educação ambiental. Destaque-se que a participação sem informação adequada não é credível nem eficaz, mas mero ritual”. Nesse viés, as próximas questões a serem destacadas nesse estudo são os direitos de informação e educação ambiental.

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A informação é matéria estabelecida no artigo 5º, XIV e XXXIII da Constituição Federal de 1988: “é assegurado a todos o acesso à informação” e “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”

(BRASIL, 1988). No que refere à matéria ambiental o texto constitucional trouxe previsão no artigo 225, §1º, IV ao “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (BRASIL, 1988). Ou seja, o texto constitucional tem a consciência que “sem informação adequada não há democracia e não há Estado de Direito” (MACHADO, 2006, p. 49).

Weschenfelder (2012, p. 216) conceitua o direito à informação ambiental como o “direito de transmitir, receber e procurar informações ambientais”. Como o direito à informação é forma de receber informações, o texto Constitucional demonstra que ela não pode ficar apenas nas mãos das autoridades e o princípio democrático reforça essa ideia. Por isso, todos devem acesso às informações que dizem respeito ao meio ambiente, até porque todos são responsáveis pela proteção ambiental. (GOMES; SIMIONI, 2014, p. 128). Com relação a esse direito, a CF/88 estabelece apenas algumas restrições, elencadas conforme segue:

Os dispositivos constitucionais evidenciados demonstram que todas as pessoas têm direito à informação, e que a CF estabelece apenas as seguintes restrições: a) a imprescindibilidade do sigilo à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII); b) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inc. X); c) na excepcionalidade do estado de sítio decretado em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (art. 137, inc. I), poderão (poderão, que é faculdade) ser tomadas contra as pessoas, entre outras medidas constitucionais previstas expressamente, restrições relativas à prestação de informações e à

liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei (art. 139, inc. III) (WESCHENFELDER, 2012, p. 219).

A informação visa à educação da pessoa e da comunidade, além disso, ela possibilita a chance à pessoa informada de se posicionar e se pronunciar sobre a matéria em questão (MACHADO, 2014, p. 123). As informações sobre o meio ambiente devem formar a opinião pública e o mais importante, formar a consciência ambiental. O povo, que é o destinatário da informação precisa opinar sobre as questões de seu interesse (MACHADO, 2014, p. 125).

Nesse sentido, vale destacar o Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que é um modelo a ser seguido:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (ONU, 1992).

Importante destacar a necessidade da informação porque não existe a possibilidade de prevenção de riscos de danos de uma

determinada atividade se não se sabe sequer que tal atividade vem sendo desenvolvida. Da mesma forma que o desconhecimento do dano ou do risco de dano pode inviabilizar a busca dos meios processuais cabíveis (LEITE; AYALA, 2004, p. 331). Nesse viés, destaca Machado (2006, p. 50) que “a democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. O desinformado é um mutilado cívico”. Por isso, o direito à informação a todos e dever de informação pelo Estado é tão importante quando se trata da questão democrática do país.

A democracia, como garantia de escolher os representantes do povo pelo voto é uma arma poderosa no avanço das políticas públicas em matéria ambiental, porém enquanto não existir uma sociedade informada e preparada para exercer a cidadania de forma plena, o meio ambiente continuará a ser degradado. Nessa perspectiva:

Precisamos, por conseguinte, de uma verdadeira democracia, instaurando processos de reflexão e de deliberação o mais amplos possível, em que os cidadãos, na sua totalidade, participem. O que, por seu turno, só será possível se os cidadãos em causa dispuserem de uma verdadeira informação, de uma verdadeira formação e de ocasiões de exercerem na prática o seu juízo (CASTORIADIS, 2007, p. 307).

A democracia não se realiza apenas com a consulta, mas com a efetiva deliberação, conforme segue:

Além disso, à possibilidade de discussão deve se seguir necessariamente a possibilidade de deliberação pelos sujeitos participantes dos temas discutidos; com efeito, a democracia realiza-se não na mera consulta, mas na possibilidade efetiva dos cidadãos decidirem

questões políticas (BENTO, 2003, p. 248-249).

A opinião pública, formada pelo acesso à informação desempenha papel importante na proteção ambiental. Cidadãos bem informados têm melhores condições de atuarem em sociedade, de articularem seus desejos, ideias e de se tornarem parte nas decisões de seus interesses (MILARÉ, 2014, p. 219). Assim, “só se conseguirão realizar as tarefas essenciais e prioritárias quando o Estado tiver a seu lado nessa missão a coletividade educada, informada e participativa.” (LEITE; AYALA, 2004, p. 44).

Quando se discute a opinião pública é importante mencionar a lição de Cervi (2010, p. 61) que destaca as diferenças entre sociedade e massa. A sociedade age por padrão definido e de consenso, já a massa age pela simples convergência de escolhas individuais. Assim, a opinião pública – que não é unânime, é produto da coletividade – só pode ser obtida através da discussão pública. Nesse sentido o mesmo autor destaca: “A formação da opinião pública exige, além da compreensão coletiva, que as pessoas estejam dispostas a partilhar experiências e a fazer concessões (o que não se encontra na massa).”

Com relação às grandes massas Bastos (1995, p. 51) afirma que essas não têm “condições de tomar decisões ponderadas e refletidas”, tendo em vista que a psicologia social identificou “fenômenos de despersonalização do indivíduo quando envolvido em movimentos multitudinários.” Por essa razão, o autor acredita que a democracia representativa é a única viável atualmente.

Da mesma maneira que o amplo acesso à informação é indispensável para assegurar uma democracia representativa consciente, porque forma a opinião pública da sociedade através do conhecimento

dos fatos e aspectos importantes que dizem respeito ao direito ambiental, o direito à educação também tem papel importante nesse sentido. No ordenamento jurídico o direito à educação ambiental toma papel de destaque a partir do momento que o texto constitucional assegura tal direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil incumbiu ao Poder Público o dever de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”, conforme o art. 225, § 1º, VI. Tal disposição constitucional significa um marco importante no Estado brasileiro, que, de maneira atual, reconhece a necessidade da educação ambiental como pressuposto para a conscientização e preservação ambiental (CANOTILHO, 2015, p. 202).

Não cabe ao Estado apenas proteger o meio ambiente, mas criar mecanismos que assegurem de forma efetiva a informação, educação e participação da sociedade nas questões ambientais que dizem respeito a toda uma coletividade. Logo, em sua dimensão social, cabe ao Estado de Direito “entre outras funções, proteger e defender o meio ambiente, promover educação ambiental, criar espaços de proteção ambiental, executar o planejamento ambiental”. (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 182).

A educação é ferramenta de formação e exercício da cidadania, por isso, a sociedade como um todo deve agir de maneira cidadã para que uns aprendam com os exemplos dos outros.

A educação ambiental para a formação da cidadania, assim como para o seu exercício, deve estar imbuída

da cidadania como valor individual e coletivo e, por isso, mãe, pais, professores e agentes públicos da Administração da Educação devem ter formação e praxis de cidadania dentro da concepção de que educação se faz também com exemplos de quem educa (WESCHENFELDER, 2012, p. 191).

Diante disso, o Estado brasileiro vem tomando medidas de incentivo à educação ambiental desde 1999 consoante se constata com a publicação da Lei nº 9.795, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA). É desta lei que se extrai o conceito de educação ambiental

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. (art. 1º) (BRASIL, 1999).

Destaca-se que o dever de promover e incentivar a educação ambiental não é apenas do Poder Público, mas de diversos atores sociais, conforme disposto no artigo 3º da PNEA que encarrega além do Poder Público, as instituições educativas, os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, os meios de comunicação de massa, as empresas, as entidades de classe, as instituições públicas e privadas e a sociedade como um todo. Dessa forma, qualquer um dos citados, quando deixa de fomentar ações de incentivo à educação ambiental desrespeita a PNEA.

Fica, pois, claro que esse dispositivo reforça a magnitude e

importância da educação ambiental para o exercício de uma participação democrática efetiva. No mesmo sentido, Pelicioni e Philippi Junior (2014, p. 7) lecionam que educar no caminho da cidadania responsável prepara homens e mulheres para exigirem seus direitos e cumprirem com seus deveres a fim de construir uma cultura de democracia.

Além da necessidade de que todos ajam de forma cidadã, para garantir a verdadeira dimensão da educação ambiental é necessário que as formas de prevenção do dano sejam disponibilizadas de forma ampla e organizada “desde o início do processo intelectual, bem como no decorrer de todo o desenvolvimento educacional”. Além disso, deve haver “incentivo à pesquisa, à publicação dos resultados e a inovações tecnológicas”, bem como a “democratização da educação”, na criação de uma consciência ambiental, para que todos tenham condições de participar de forma eficiente. O Estado não pode exigir que as pessoas atuem sem que antes seja assegurada a instrução necessária (GOMES; SIMIONI, 2014, p. 130).

A informação ampla é de suma importância quando se trata de assegurar uma sociedade ativa e engajada em melhorar a problemática ambiental. Porém, a educação é o ponto de partida, pois de nada adianta o poder de exercer a democracia se não estiver assegurado o acesso às informações adequadas. Se a educação ambiental não for oferecida com qualidade, as pessoas não conseguirão organizar as informações que recebem e se posicionar de forma crítica.

A informação e consequente participação só se completam com a educação ambiental, de forma a ampliar a consciência e estimulá-la no que diz respeito aos valores ambientais. Em uma rede interligada de informação, participação e educação,

a última é a base das demais, pois só munido de educação pertinente é que o cidadão exerce seu papel ativo, com plenitude (CANOTILHO, 2015, p. 202).

Em sentido contrário, posiciona-se Weschenfelder (2012, p. 230) quando entende que é a informação ambiental e não a educação ambiental indispensável, porque é a informação que demonstra as relações sociais:

Por mais completa que seja a educação ambiental, é a informação ambiental que vai fornecer os elementos ditados pela dinâmica da vida social. A informação ambiental é igualmente indispensável à concretização do paradigma ambiental e social do direito de propriedade privada e da ordem econômica.

Independentemente de qual posição possui a maior relevância, é sabido que ambas devem ser oferecidas com qualidade, não existindo uma com maior destaque que a outra na medida em que ambas se complementam.

No entanto, frise-se que a educação ambiental encontra certas dificuldades que impedem a sua realização com efetividade, que segundo Weschenfelder (2012, p. 206-230) ainda serão enfrentadas por um longo período. Entre tais dificuldades encontram-se “a filosofia capitalista da maximização do lucro, o mercantilismo, o consumismo e o denominado ‘jeitinho brasileiro’ e corrupção.”

Em qualquer caso, a grande dificuldade para a sua realização é a visão que o ser humano ainda possui de que a natureza é apenas uma forma de produzir lucros e tudo ou quase tudo se reduz ao comércio, no qual, até mesmo os alunos se transformam clientes e os professores vendedores de educação. Por isso, é importante ter em mente que

escolaridade e educação não são sinônimos, ou seja, ter escolaridade, não significa obrigatoriamente ter educação. O homem na busca incessante pela felicidade confunde “ser feliz com ter felicidade”.

O aspecto desafiador na questão da educação ambiental é educar o indivíduo, tendo consciência de que ele é parte integrante do todo em um complexo de relações, sem esquecer de que se trata de um ser humano inserido em seu meio – social, físico, político. “Dessa forma, a ideia é ter consciência que o homem é parte do todo.” (LUNELLI, 2010, p. 18).

Como afirma Castoriadis (2007, p. 315), há a necessidade de um equilíbrio entre a humanidade e os recursos do planeta “para toda política verdadeira e séria”. E, para a construção desse novo modelo político será preciso alterar a forma de posicionamento dos cidadãos (com o voto consciente) e do Estado, no que diz respeito à proteção do ambiente.

Todavia, não se trata de uma tarefa simples, mas é com mudanças na base da educação e no amplo acesso de todos a informação – mesmo àqueles que ainda não tenham consciência da relevância do debate – que a mudança positiva pode acontecer. Mesmo que se pense apenas na preservação da espécie humana ou na solidariedade intergeracional, atitudes precisam ser tomadas. “O passado não pode ser transformado, mas o presente e o futuro podem ser construídos de forma a propiciar um autêntico direito à vida digna.” (LUNELLI, 2010, p. 21).

3 PROTEÇÃO DO AMBIENTE E ACESSO À JUSTIÇA

A grande dificuldade, quando se trata de proteger o ambiente, é a quase certa irreparabilidade do dano. Portanto, é preciso deixar de esperar que os danos ocorram para depois tomar providências, mesmo porque por mais que se tente reparar o dano ambiental, retornar ao equilíbrio

anterior, sem vestígios do dano é praticamente impossível.

A índole humana, sendo como é – ou seja, a maioria das pessoas espera até que o problema realmente piore antes de tomar uma ação –, precisa de uma crise ou de um desastre para fazer um planejamento ambiental e iniciar as transições que estivemos discutindo (ODUM; BARRET, 2007, p. 469).

O sistema jurídico brasileiro filtra os riscos ambientais de maneira dúplex –administrativa e judicialmente – formando uma interação dinâmica multidimensional de gerenciamento dos riscos ambientais. Tal filtragem, a partir da união entre política e Direito, através da atuação da administração pública e do Poder Judiciário, demonstra a preocupação com a solidariedade intergeracional.

Nestas condições, tudo aquilo que puder se tornar um risco com relação à qualidade de vida das futuras gerações ou que puder restringir sob qualquer forma o acesso das futuras gerações aos recursos naturais, deve ser objeto de gerenciamento, como forma de evitar qualquer lesão futura. Por isso, o Poder Judiciário, quando provocado, através dos instrumentos competentes (Ação Civil Pública, a Ação Popular Ambiental e o Mandado de Segurança Coletivo, entre outros) faz a avaliação dos riscos, desde que na seara administrativa fique comprovada a manutenção da intolerabilidade dos riscos, devendo ser decidido acerca dos riscos lícitos e ilícitos (STEINMETZ; AUGUSTIN, 2011, p. 119-123).

Por mais que os danos ambientais ultrapassem as fronteiras do país, há pelo menos aos mais atentos a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário procurando evitar que o dano ocorra e, para a maioria da sociedade – ainda desinformada e sem a adequada educação ambiental

– a procura pela reparação dos danos ambientais, sendo o Judiciário “o guardião das promessas”, como conceitua Garapon (2001).

De fato, vivemos em uma sociedade de risco, que está sujeita a catástrofes em escala planetária e que minimamente exerce uma cidadania solidária e participativa, considerando a exigência de proteção de um bem que pertence a todos de forma difusa, e não seu viés individualista e tradicional (LEITE; AYALA, 2004, p. 317).

A nova cidadania ambiental é mais abrangente e não está circunscrita espacialmente a um determinado território ou ligada a um determinado povo oriundo da significação clássica de nação; tem ela como “objetivo comum a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental”, fugindo dos elementos referidos da cidadania clássica (LEITE; AYALA, 2004, p. 317).

No ordenamento jurídico existe a possibilidade de participação popular a partir da escolha dos representantes políticos, que é de grande valia desde que realizada com consciência, porque é entregue às mãos dos representantes a voz do povo a partir do voto e a democracia participativa (plebiscito, referendo, iniciativa popular) e por fim, pelo amplo acesso à Justiça, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

É correto e justo dizer que, no Direito moderno, o legislador que atribui o benefício (qualidade ambiental) ou a missão (proteger o meio ambiente como dever de todos) também distribui, explícita ou implicitamente, os meios e, entre eles, os

instrumentos processuais e meios administrativos de participação no esforço de implementação. Logo, é possível extrair da norma reconhecidora da tutela ambiental, como valor essencial da sociedade, um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros cobeneficiários (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 96).

Convém destacar que na existência de uma sociedade e um Estado omissos, onde não são abertos debates para se tratar da problemática ambiental, onde não exista interação e nem participação, os danos ambientais frequentemente ocorrem. Porém, como última alternativa, além da educação, da informação e da participação, há a possibilidade de um ordenamento jurídico que, no caso brasileiro, se preocupa em apontar um último caminho a ser tomado, uma alternativa à sociedade de risco que não se preocupa em prevenir os danos, ou seja, o fortalecimento do acesso ao Poder Judiciário, uma vez que “a sociedade contemporânea é fundamentalmente imprudente” (CASTORIADIS, 2007, p. 308). Logo, quando não restar alternativa para evitar ou reparar o dano é possível o amplo acesso aos meios processuais cabíveis.

Outro mecanismo do Estado democrático do ambiente é o acesso amplo à discussão de controvérsias, na esfera do Poder Judiciário, ou seja, via tutela jurisdicional ambiental. Os meios judiciais são, de fato, o último recurso contra a ameaça e a degradação ambiental, pois antes dessas existem os mecanismos de prevenção e precaução (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 188).

Por mais que o acesso à Justiça deva ser uma alternativa e

não uma regra, de nada serviriam todas as garantias dadas à sociedade se não houvesse o Poder Judiciário para garantir que tais garantias sejam amplamente asseguradas pelo Estado. “Sem a possibilidade de questionamento coletivo, administrativo e judicial, dos comportamentos degradadores de terceiros, qualquer garantia dada ao cidadão estará gravada com o símbolo da infecundidade e ineficácia do discurso jurídico.” (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 96).

Com relação à democracia representativa e expressão dos três poderes, é válido destacar que não se tem no ordenamento brasileiro eleições para o Poder Judiciário.

Por via das eleições, em tese, pode-se escolher todos os integrantes do Estado. Isso, contudo, não ocorre. As eleições são utilizadas, tão somente, para preenchimento dos cargos de cúpula dos Poderes do Estado, mais especificamente do Legislativo e do Executivo. É muito raro haver eleição para provimento de cargos no Poder Judiciário. Contudo, no Legislativo as eleições desempenham um papel primordial. É este o órgão, por excelência, representativo da vontade popular (BASTOS, 1999, p. 204).

Por certo que questões são levantadas com relação aos limites de atuação do Poder Judiciário quando se trata de assuntos que envolvem os outros dois poderes, uma vez que a neutralidade político-partidária dos magistrados, que auxilia na imparcialidade das decisões, gera uma questão conflitante quando se percebe que juízes que não foram eleitos pelo povo tomam decisões que caberiam aos representantes eleitos, devendo isso ser um limitativo da sua atuação. Nesse sentido Bielschwsky (2013, p. 154) afirma: “Para tanto, uma democracia constitucional

faz-se fortalecida por uma adequada separação dos poderes, e suas características funcionais de *check and balance*, para que assim o poder contenha o poder.”

Além de levantar a problemática da ausência de escolha dos representantes no Poder Judiciário, o que se pretende a partir desse estudo é perceber que para que haja uma proteção ambiental oriunda da consciência da democracia representativa é necessário que o Estado participe ativamente, desde a garantia de uma educação plena na área – que não seja apenas de forma superficial –, até o amplo acesso à informação. E mais, assegurando o amplo acesso à justiça com qualidade e sem morosidade, porque em matéria ambiental um processo sem respeitar o princípio da razoável duração do processo pode ser a concretização do dano. “A introdução de visão democrática ambiental proporcionará uma vertente de gestão participativa no Estado, que estimulará o exercício da cidadania, com vistas ao gerenciamento da problemática ambiental” (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 183).

Seja como for é importante à percepção de que o bem ambiental “é bem de interesse público, cuja administração e gestão e cujo uso devem ser compartilhados e solidários com toda a coletividade, inspirados em um perfil de democracia ambiental” (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 184-185).

Não se pretende advogar uma “defesa bucólica da natureza” (CASTORIADIS, 2007, p. 306), nem basear o trabalho na deep ecology ou ecologia profunda (OST, 1997, p. 279), tão pouco criar uma “crise de vínculos e de limites”, como conceituada por Ost (1997, p. 9). Mas sim apontar o poder que a Constituição colocou nas mãos do povo, ou seja, a possibilidade de participar ativamente na escolha dos mandatários, os quais têm o dever de assegurar os desejos de todos os brasileiros nas

matérias ambientais, a partir “de uma reconstrução política da sociedade, que a tornasse uma democracia efetiva, e não apenas nas palavras” (CASTORIADIS, 2007, p. 306).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui grande riqueza quando se trata de meio ambiente, porém a vida na sociedade de risco – que não se preocupa em evitar o dano, mas apenas em repará-lo – tem gerado desastres ambientais. Mesmo que haja a intenção de reparar o dano, quando se fala em meio ambiente é um tanto quanto difícil, ou quase impossível a reparação sem sequelas à natureza.

Nesse sentido, é preciso que seja criada uma consciência ecológica para que a população participe ativamente das decisões que envolvem o meio ambiente. Porém, uma sociedade ativa só será alcançada com o amplo acesso à informação, educação e participação. Não há possibilidade de alguém ser contra ou a favor de determinado assunto se não possuir o conhecimento necessário para defender alguma posição e votar em representantes que efetivamente reflitam os ideais do cidadão. O conhecimento adquirido nesse sentido precisa ter reflexos efetivos.

Porém, é inegável que uma parcela da população continua sem perceber a força que um mandatário possui e quantos benefícios para a área ambiental poderiam ser gerados a partir da escolha de representantes preocupados com essa questão.

O ponto central do trabalho foi demonstrar a importância da democracia representativa na seara ambiental, muito embora o conhecimento sobre uma maior discussão com relação à política participativa (plebiscito, referendo, iniciativa popular) e uma visualização

mais clara da sua aplicação.

Mesmo que não se alcance o desejado – evitar os danos ambientais pela atuação de mandatários imbuídos da salvaguarda ambiental – a Constituição Federal nos permite recorrer ao Poder Judiciário, com o amplo acesso à justiça, que não pode se omitir frente a uma lesão ou ameaça de lesão. Nesse sentido, além da Constituição assegurar a participação popular na seara ambiental, também se preocupa com as ferramentas judiciais, permitindo que aqueles que desejam tenham a quem recorrer.

Dúvida não há, existem questões controversas no que tange ao Poder Judiciário pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo povo, o que gera, de certa forma, limites em sua atuação, o que o leva, por força do princípio da inafastabilidade jurisdicional, a tomar decisões de cunho administrativo e/ou político que desagradam parcela da sociedade imbuída da salvaguarda do meio ambiente.

É sabido que vivemos uma fase crucial com relação ao meio ambiente e é preciso que medidas eficazes sejam adotadas, não importa se por crença na solidariedade intergeracional ou apenas pela simples aplicação da matéria constitucional. O que importa apenas é que uma crise foi criada e agora precisa ser solucionada.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**.

3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política.**

4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização.** Barueri: Manole, 2003.

BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. Uma “democracia” sem a participação dos cidadãos: a força revolucionária da ecologia. In: _____. **Uma sociedade à deriva**: entrevistas e debates, 1974-1997. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, 2007. p. 49-89.

CERVI, Emerson Urizzi. **Opinião pública e comportamento político**. Curitiba: Ibplex, 2010.

CHAUI, Marilena de Souza. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Renata Nascimento; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A aplicação do princípio da informação no direito ambiental brasileiro, na forma de

confiança e risco em Niklas Luhmann. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 4, n. 2, p. 128, 2014. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3341>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MATTOS NETO, Antonio; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Direitos humanos e democracia inclusiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ODUM, Eugene P.; BARRET, Gary W. **Fundamentos da ecologia**. Tradução de Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

ONU. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwim7a3Qg6_NAhVJE5AKHVHYBmQQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.onu.org.br%2Frio20%2Fimg%2F2012%2F01%2Frio92.pdf&usq=AFQjCNHFKf2BN6LorigOQfJ9nZNq4wwt7Q>. Acesso em: 17 jun. 2016.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PELICIONI, Maria Cecília Focesi; PHILIPPI JUNIOR, Arlindo. **Bases políticas, conceituais, filosóficas e ideológicas da educação ambiental**. In: PHILIPPI JUNIOR, Arlindo;

PELICIONI, Maria Cecília Focesi. (Org.). **Educação ambiental e sustentabilidade**. 2. ed. Barueri: Manole, 2014. v. 1, p. 3-12.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. São Paulo: Publifolha, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1998.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente:**

interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito constitucional do ambiente**: teoria e aplicação. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WESCHENFELDER, Paulo Natalicio. **Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado**: a construção de uma cultura. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

Como citar: MARIOTTI, Alexandre Abel; FERNANDES, Bruna Souza; LUNELLI, Carlos Alberto. Proteção ambiental, democracia representativa e acesso à justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.9-42, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p9. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 05/07/2016

Aprovado em 10/08/2017

SOBERANIA E NACIONALIDADE: AS DIFERENTES CONDUTAS DOS ESTADOS DIANTE DA APATRIDIA NA AMÉRICA LATINA

SOVEREIGNTY AND NATIONALITY: STATES' VARYING CONDUCTS TOWARD THE STATELESS IN LATIN AMERICA

Eduardo Manuel Val*

Simone Alvarez Lima**

Como citar: VAL, Eduardo Manuel; LIMA, Simone Alvarez. Soberania e Nacionalidade: As diferentes condutas dos Estados diante da apatridia na América Latina. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.43-69, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p43. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito em 2006 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, Brasil.
Mestre em Direito em 1996 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, Brasil.
Graduado em Direito em 1988 Universidad de Buenos Aires, UBA, Argentina. Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense, professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF) e Chefe do Departamento de Direito Público (SDB-UFF). Integra o quadro docente permanente do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e ocupa o cargo de Coordenador Adjunto do PPGD/UNESA (Mestrado e Doutorado). Professor da

Resumo: A nacionalidade é um direito humano que abre espaço ao exercício de todos os outros direitos, entretanto, existem pessoas que não possuem nacionalidade, sendo apátridas. A fim de erradicar a apatridia até o ano de 2024, foi criada a campanha *I Belong*. Países como Brasil, Chile, Costa Rica vêm, paulatinamente, incorporando os ditames da campanha e solucionando a apatridia através de suas respectivas legislações, porém, a República Dominicana ainda é o país que têm

sido submetido à denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por persistir em violar o direito à nacionalidade.

Palavras chave: Apatridia. América Latina. Nacionalidade. Soberania.

Abstract: Nationality is a human right that opens the door for all other rights, yet there are people who do not have a nationality, therefore being stateless. With this in mind, the ‘I Belong’ campaign was created in order to eradicate statelessness by the year 2024. Countries such as Brazil, Chile, and Costa Rica are gradually incorporating the campaign’s provisions to solve statelessness with their respective legislation. However, there are still some countries who persistently violate the right to have a nationality, such as the Dominican Republic, whose human rights violation is being investigated by the Inter-American Human Rights Court.

Keywords: Statelessness. Latin America. Nationality. Sovereignty.

Universidade Presbiteriana Mackenzie- Rio de Janeiro.
Email: eduardval11@hotmail.com

** Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social em 2012 pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Especialista em Direito Constitucional em 2017 pela Universidade Candido Mendes, UCAM, Brasil. Especialista em Direito Internacional em 2016 pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Especialista em Direito Civil e Direito Processual em 2011 pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Graduada em Direito em 2009 pelo Instituto Metodista Bennett, IMB, Brasil. Email: sissyalvarez22@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O artigo a seguir abordará como a nacionalidade e a cidadania contribuem para a concretização dos direitos humanos e em que grau a privação dos direitos a ela relacionados influenciam a vida dos apátridas. Será abordada a questão de como a soberania estatal cria lacunas legislativas que contribuem para a manutenção de situações de apatridia, tendo em vista que cada país tem direito de escolher quem será ou não seu cidadão, mostrando que o tradicional conceito de cidadania não dá suporte ao atual estágio de desenvolvimento dos direitos humanos.

Trata-se de uma pesquisa elaborada pelo método dedutivo, pois parte do assunto geral, que é a nacionalidade e o fenômeno da apatridia, para, aos poucos, ir para o específico, passando pelo item no qual citam-se alguns exemplos de países que tiveram sucesso na erradicação paulatina dos apátridas, para o específico, que é a necessidade da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na obtenção de nacionalidade.

Esta pesquisa se justifica porque é uma forma de apresentar ao meio acadêmico a campanha *I Belong* da ONU, a qual visa acabar com a apatridia até 2024, reduzindo seu número para zero. Além desta justificativa, está o fato de que a apatridia é um assunto grave, que gera infortúnios de toda a ordem para quem vive este problema, assim, este artigo visa sensibilizar a comunidade científica a respeito desta situação.

Neste artigo, será mostrado como alguns países latinos têm buscado erradicar a apatridia, tais como Brasil, Chile, Costa Rica, os quais foram escolhidos por se destacarem positivamente nesta empreitada e pelo fato de, antes das reformas legislativas que realizaram, contarem com um número significativo de apátridas; e como a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode auxiliar às pessoas que não conseguem,

dentro do país onde nasceram, as condições para obter a nacionalidade a que tem direito, seja pela obstrução ao devido processo legal, seja pela via da desnacionalização e, para ilustrar este tipo de situação, será explicado o caso das meninas filhas de haitianos irregulares na República Dominicana, que se mantiveram apátridas por anos e que apenas obtiveram a nacionalidade dominicana após a intervenção da Corte Interamericana.

Tendo em vista que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas se destaca na República Dominicana (no quesito apatridia), já que nos demais países não foi necessária nenhuma intervenção, via sentença, para auxiliar aos apátridas, serão tecidas algumas considerações a respeito da postura do país diante das recomendações da Comissão e da sentença da Corte.

1 NACIONALIZAR: UMA OPÇÃO ESTATAL

Para abordar a apatridia, é necessário, antes de tudo, conceituar nacionalidade, tendo em vista que este artigo trabalhará com a ausência desta. De acordo com Silva (2007, p. 319), nacionalidade “é o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado.”

Staples (2012, p. 27) explica que a outorga de nacionalidade torna mais clara as duas dimensões do poder do Estado perante os indivíduos: “por um lado, (a outorga) tem um caráter inclusivo, ao garantir a cidadania a todos a que reconhece; por outro, um caráter excludente, que se mostra na arbitrariedade dos critérios utilizados no reconhecimento dos cidadãos.” Tamanha a importância do direito à nacionalidade, é que este encontra-se positivado em diversos documentos jurídicos internacionais.

A criação de textos legislativos no âmbito internacional foi importante na tutela dos diferentes tipos de direitos (sociais, econômicos, individuais, culturais) e significou, de acordo com Arendt (2012, p. 395) “que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei.” Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, estabeleceu, em seu art. 15, que o direito à nacionalidade é universal; e a Convenção Americana de Direitos Humanos protegeu a nacionalidade em seu art. 20; ambas tentando proteger o direito à nacionalidade das arbitrariedades estatais, sendo proteções “muito necessárias numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido.” (ARENDR, 2012, p. 395).

Mesmo havendo um arcabouço internacional destinado a proteger, dentre diversos direitos, a nacionalidade, alguns países não garantem este direito como deveriam fazer, não dando a efetividade necessária aos citados artigos 15 (DUDH) e 20 (CADH) e, a prova disto, é a existência de pessoas apátridas, que, de acordo com o artigo 1º da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, é “toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional”. Esta definição se refere a um vínculo jurídico formal entre o indivíduo e o Estado. Doutrinariamente, Ribeiro et al. (2013) diferencia apatridia de *jure* da de *facto*, como aquela entendida como a condição de que padecem indivíduos que, possuindo de *jure* uma nacionalidade qualquer, por algum motivo são excluídos do usufruto dos benefícios a ela associados.

Segundo Mazzuoli (2013, p. 195), do ponto de vista humano, sem a nacionalidade, “o indivíduo perde a sua condição de cidadão, ficando à margem da sociedade e do Estado e, conseqüentemente,

da proteção diplomática deste último.” Os cidadãos excluídos da nacionalidade por um Estado são protegidos apenas quando o país onde está é signatário da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, a qual garante-lhes alguns direitos, tais como educação, emprego, passaporte; e da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, a qual contém orientações que devem ser seguidas pelos Estados para reduzir este mal social. Estas Convenções foram criadas logo após a Segunda Guerra Mundial, quando, de acordo com Arendt (2012, p. 181), “surgiu um novo grupo humano, em contínuo crescimento, constituído de pessoas sem Estado, grupo sintomático do mundo”

A história da apatridia iniciou unida ao surgimento dos Estados nacionais. Cosendey (2014, p. 7) narra que no período da Grécia antiga existia a noção de cidadão, mas tal *status* não era concedido a todos os seres humanos e que possuía diversos graus, não sendo uma concessão uniforme. Nos tempos modernos, a preocupação com a apatridia surgiu especialmente após o fim da Primeira Guerra Mundial, quando ocorreu a modificação e a extinção de alguns Estados, redesenhando o mapa mundial, modificando a nacionalidade de alguns grupos existentes ou até mesmo extinguindo algumas outras nacionalidades, quando a apatridia tomou um vulto maior, seja porque nenhum dos novos Estados nascentes reconheciam alguns indivíduos como seus nacionais, seja porque os indivíduos não aceitavam a condição de nacional daquele lugar. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 609).

Não se pode olvidar que a nacionalidade é uma das regras de conexão do Direito Internacional Privado para determinadas situações, sendo normas que indicam o direito aplicável às diferentes situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legislativo. Marco (2015, p. 29) nos conta que a “na comunidade internacional faz-se imprescindível

a caracterização de uma pessoa como nacional do Estado “A” ou “B”. A *lex patriae* é utilizada, basicamente, pelos países europeus.” A falta de nacionalidade impede o indivíduo de exercer diversos direitos, sendo-lhes, desta forma, negados diversos direitos humanos, que, a princípio, deveriam ser universais. Apátridas não conseguem muitas vezes obter documentos de identificação; podem ser detidas por razões ligadas à sua apatridia; e, muitas vezes não têm acesso à educação e serviços de saúde ou impedidas de obter emprego. Arendt (2012, p. 219) possui uma visão pessimista a respeito da apatridia, pois acredita que o fato de não pertencer a um Estado talvez seja uma das piores situações que um ser humano pode viver, pior até do que as situações de escravidão.

Apátridas de *facto* não gozam de proteção do Estado do qual são nacionais por, por exemplo, estarem residindo no território de um outro Estado e privados dos meios comprobatórios de sua nacionalidade. Critica-se o Estatuto dos Apátridas por ele não citar a apatridia de fato, apenas a de jure. Contudo, Batchelor (2000) acredita que isso foi intencional, tendo em vista que o apátrida de *facto* seria, na verdade, o refugiado e este seria tratado através da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Na América Latina existia um número elevado de apátridas, apesar de não existir no continente histórias vultuosas de sucessão estatal, tal como ocorreu na dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. No continente latino-americano, a apatridia costuma ser gerada por questões migratórias e devido à dificuldade de acesso ao registro civil, se destacando alguns países com maior histórico de imigração (que gera um maior risco à apatridia), tais como Brasil, Chile, Costa Rica e Panamá, sendo objetos do item a seguir.

2 OS ESTADOS DIANTE DA APATRIDIA NA AMÉRICA LATINA

Na América Latina, o tema apatridia foi exposto, intergovernamentalmente, pela primeira vez, na comemoração dos 30 anos da Convenção de Cartagena de 1984¹ e, desde então, os governos latinos estão trabalhando coletivamente em atividades de sensibilização e de mudanças nas práticas administrativas e legislativas, objetivando cumprir com as obrigações internacionais relativas ao direito à nacionalidade. Juntamente com esta comemoração, foi lançada a campanha *I Belong* da Organização das Nações Unidas, que tem como objetivo erradicar a apatridia até o ano de 2024.

Gonzales (2011) aponta algumas situações de risco de apatridia na América Latina: a) populações pobres que moram em áreas rurais, que não possuem recursos econômicos para irem ao cartório; b) populações que nasceram e vivem em regiões fronteiriças; c) estrangeiros que cruzam a fronteira internacional para realizar trabalhos temporários em qualquer país e nestas zonas, muitas vezes não há médicos, funcionários de registro civil onde mães foram assistidas por parteiras; d) disputa de territórios em alguns países da América Latina disputam territórios; e) descendentes de africanos e populações indígenas; f) filhos de pessoas estrangeiras em migração irregular no país, como, por exemplo, o caso dos filhos de pais haitianos, nascidos na República Dominicana, cujos pais não têm documentos de imigração que permitam a creditar uma permanência no país.

Alguns países latinos adotaram atitudes relevantes com o objetivo de reduzir a apatridia. No Brasil, era muito comum a apatridia decorrente

¹ A Declaração de Cartagena é um instrumento regional não vinculante elaborado naquela cidade em 1984 e que tem como foco a proteção e os desafios humanitários enfrentados por refugiados. Ela é conhecida por expandir a definição de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951 e já foi confirmada pela ONU, OEA e adotada pela legislação nacional de 14 países. (ABRAO, 2014).

do conflito negativo de nacionalidade, normalmente filhos de pais brasileiros, nascidos na Europa cujo critério para fixação da nacionalidade é o *ius sanguinis*. Nas décadas de 80/90, a migração de brasileiros para a Europa aumentou e a situação se agravou com o nascimento de vários bebês, filhos de casais brasileiros. As crianças, de acordo com o art. 12, I, “c” (antes da emenda), eram brasileiras provisórias que se tornariam automaticamente apátridas caso não viessem residir no Brasil quando completassem dezoito anos. Isso culminou na ONG brasileirinhos apátridas.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 54, promulgada em 20 de setembro de 2007 (BRASIL, 2007), essa situação foi revertida e a redação do art. 12 da Constituição Federal foi alterada de modo que são brasileiros natos aqueles indivíduos que, nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Além disso, a partir da Emenda nº 54, foi incluído o art. 94 no Ato das Disposições Finais Transitórias, dispondo que os nascidos no estrangeiro entre 07 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderiam ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente, o que resolveu a situação daqueles que caíram no vácuo legislativo causado pela Emenda Constitucional de revisão nº 3 (LISOWSKI, 2012).

No Chile, a Constituição Federal de 1980 previa, em seu artigo 10, que a aquisição de nacionalidade se dava pelo critério *ius solis*, exceto os filhos de estrangeiros residentes. Entre os anos de 2002 e 2014, o número de imigrantes aumentou de 185 mil para 450 mil. A maior crítica a este artigo é que não havia definição do que era considerado

estrangeiro residente, o que permitia ao governo mudar arbitrariamente o entendimento. Em 1982, o Registro Civil e de Identificação considerou estrangeiro residente aquele que não tinha 1 ano de residência contínua. Em 1996 foram considerados estrangeiros residentes os turistas, os tripulantes e os que estavam no país irregularmente (EQUIPO MIGRACION Y REFUGIO AMNISTIA INTERNACIONAL, 2014).

Até o ano de 2014, os filhos de estrangeiros residentes eram registrados como filhos de “estrangeiros transeuntes” e o estado de apatridia era permanente caso o país de origem dos pais não reconhecesse a nacionalidade da criança. Então, a partir de julho de 2014, após a emenda constitucional chilena, todos os filhos de qualquer estrangeiro, não importando a situação dos pais estrangeiros, se regular ou não, seria chileno.

Cento e sessenta e um filhos de estrangeiros transeuntes nascidos antes de 2014 recorreram à Corte de Apelações. Segundo o diretor nacional do Serviço Jesuíta a Migrantes (SJM), a não concessão de nacionalidade à estas crianças é um castigo por uma conduta que não lhes era atribuível. Qual culpa tinham por seus pais estarem irregulares no país? Nenhuma, mas essas crianças se tornavam apátridas (BERTIN, 2016).

De acordo com o Registro Civil, ainda existem 3.000 crianças em situação irregular devido à interpretação restritiva de nacionalidade que permaneceu por mais de 20 anos e a maioria destas crianças são filhos de pais bolivianos, mas isso não significa que a Bolívia os reconheça como bolivianos, pois para tal é necessário fazer um requerimento, o qual nem sempre é feito porque são famílias rurais (normalmente no interior de Arica e Tarapacá, regiões de vulnerabilidade social), que não têm muita informação e passam dificuldades para o acesso a algum cartório. Nesta

situação, a criança vive em um limbo legal em que não é nem chilena e nem boliviana (BERTIN, 2016).

Na Costa Rica destaca-se o caso da tribo Ngobe Bugle, em que habitantes cruzaram a fronteira Costa Rica e Panamá, acarretando consequências nas suas respectivas nacionalidades. A ONU e a UNICEF lançaram uma campanha para definir a nacionalidade destas pessoas e em menos de 5 meses, mais de 300 crianças indígenas tiveram sua nacionalidade determinada. No contexto da campanha *I Belong*, a ACNUR deu assistência legal aos integrantes desta tribo para determinar a nacionalidade de crianças e a realizar o registro tardio (ACNUR, 2016).

Em novembro de 2016, parlamentares de dezesseis países latino-americanos se reuniram em Quito, no Equador, para discutir respostas legislativas para a proteção de apátridas e estabelecer procedimentos para determinar a situação de apatridia e facilitar processos de naturalização. De acordo com María Clara Martín, representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) no Equador, “a América Latina é a região onde menos há apatridia, e isso é um resultado das constituições e leis que os parlamentos aprovaram para evitar que isso aconteça, estabelecendo que toda pessoa que nasce no solo de um país tem direito a ser cidadão deste país” (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Desta forma, pode-se verificar que os países latino-americanos estão empenhados em erradicar a apatridia adotando as medidas legislativas necessárias para evitar o fenômeno, entretanto, existe um país no continente que se recusa a flexibilizar as normas relativas à nacionalidade e que, por isso, merece um item específico para sua abordagem, tendo em vista que foi o único demandado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a República Dominicana, conforme será verificado no próximo item.

3 DA SENTENÇA PROFERIDA PELA CORTE INTERAMERICANA E SOBERANIA

Nem todos os países latino-americanos estão abertos à erradicação da apatridia, pois determinadas situações relativas à nacionalidade esbarram com questões históricas nas relações entre os países envolvidos, e, deste modo, o país que mais coloca óbice em conceder sua nacionalidade é a República Dominicana, principalmente aos descendentes de haitianos, chegando ao ponto de retirar a nacionalidade de pessoas em nome da soberania estatal.

Haiti e a República Dominicana não possuem uma relação amigável, mas sim de rivalidade histórica. Ressalta-se que o Haiti foi o primeiro país latino-americano a se tornar independente e, conforme Seitenfus (2014, p. 30) menciona, “a Revolução Haitiana foi percebida pelo Ocidente como absurda e inaceitável. O fato de um grupo de negros, escravos e analfabetos, infligir uma derrota ao exército mais bem treinado (o francês), confrontou com o espírito do tempo.”

A República Dominicana não concordava com a independência do país vizinho e, por isso, foi invadida, sob o comando do ditador haitiano Jean Pierre Boyer, com o objetivo de se proteger dos países que discordavam de sua independência. A dominação haitiana perdurou entre 1822 e 1844. Contudo, a rivalidade entre os dois países chegou ao extremo no massacre ordenado pelo ditador dominicano Leônidas Trujillo, em 1937, quando ele ordenou que todos os haitianos que habitavam a República Dominicana fossem mortos. O exército dominicano assassinou mais de 10 mil pessoas em seis dias, no episódio conhecido como “o corte” (TAVARES, 2010).

Atualmente permanecem a mágoa e o orgulho entre ambos os

países e nem mesmo a tragédia do terremoto que devastou o Haiti em 2010 melhorou o relacionamento entre ambos, pois durante o auxílio ao Haiti, a ONU foi obrigada a recrutar novos soldados após o Haiti recusar militares dominicanos, restando à República Dominicana conceder espaço para a instalação de uma base transnacional para envio de ajuda ao país (TAVARES, 2010).

Esta rivalidade tem fortes reflexos sobre a apatridia de descendentes de haitianos e o único caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da apatridia envolve exatamente estes dois países, uma vez que, como ilustrado no item anterior, os demais países latinos buscaram erradicar a apatridia no âmbito de seu direito interno, sendo desnecessária a atuação suplementar do sistema interamericano.

O caso julgado pela Corte iniciou no dia 11 de julho de 2003, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra a República Dominicana oriunda da denúncia nº 12.189, recebida pela Comissão em 28 de outubro de 1998, com objetivo de declarar a responsabilidade internacional da República Dominicana pela violação aos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 8º (garantias judiciais); 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade), 24 (direito à igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos em conexão com os artigos 1º, 1 (obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção) e 2º (dever de adotar disposições de Direito interno concernentes aos direitos estabelecidos na Convenção).

A violação teria se iniciado desde 25 de março de 1999, quando a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte e as vítimas eram as meninas Dylcia Oliven Yean e Violeta Bosco Bosico Cofi, nascidas na República Dominicana, filhas de pais haitianos. As

autoridades do Registro Civil dominicano negaram às crianças a emissão da certidão de nascimento, embora elas tivessem nascido em território dominicano e a Constituição deste país estabelecia o princípio *jus soli* como critério de aquisição de nacionalidade.

A Comissão declarou que o Estado da República Dominicana obrigou as duas crianças a permanecerem em situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social decorrente da apatridia, violações que adquiriram grave dimensão por se tratarem de menores e, por isso, essas crianças foram impossibilitadas de frequentar a escola por um ano devido à falta de documentos de identidade.

Em razão da conduta ilegal da República Dominicana, a Comissão solicitou à Corte a imposição de reparação que trouxesse plena satisfação às vítimas. Exigiu-se que o Estado Dominicano fosse compelido a tomar providências legislativas e/ou administrativas para evitar que esse tipo de situação volte a ocorrer no futuro com outras crianças de ascendência haitiana no país. (PAOLINELLI, 2016)

A Corte Interamericana proferiu uma sentença de 90 páginas, a qual, por unanimidade, impôs ao Estado a obrigação de publicar no Diário Oficial uma senão denominada “Fatos Provados”, referentes aos pontos resolutivos da sentença; de realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e um pedido de desculpas às crianças citadas na sentença (com a participação das autoridades estatais, das vítimas e de seus familiares); de adotar em seu direito interno as

medidas legislativas, administrativas, e outras que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento, o qual deve ser simples, acessível e razoável; de pagar 8.000 dólares a título de danos morais . O fulcro da condenação foi o fato de que o status migratório não é hereditário e nunca poderia ser considerado uma justificativa para privar a nacionalidade de uma pessoa ou negar o exercício de seus direitos. ²

Em situações nas quais o apátrida oriundo de um país latino-americano esgota as alternativas oferecidas no território nacional (esgotamento dos recursos internos) para a obtenção da nacionalidade, deve procurar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para apresentar sua petição. Neste sentido, Arendt (2012, p. 395) afirmou que “os direitos humanos tinham (têm) de ser invocados sempre que um indivíduo precisava (precisar) de proteção contra a nova soberania do Estado e a nova arbitrariedade da sociedade.”

E, tendo em vista a necessidade da atuação do direito comunitário, começa-se a indagar a respeito da soberania estatal referente ao poder de determinar quem é e quem não é nacional de um Estado. Pois bem, o conceito de soberania está passando por transformações devido ao surgimento de órgãos transnacionais também soberanos, o que torna necessário diminuir o preconceito em relação às decisões destes órgãos.

Nas palavras de Radbruch (1974, p. 416), “quando as leis arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, estas carecerão de qualquer validade e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.”

2 A íntegra da sentença do caso das meninas Yean e Bosico pode ser encontrada neste site: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d147e8e6485dbefedded517fe67972f.pdf>.

E os únicos juristas capazes de invalidar uma lei ou decisão judicial proferida dentro de um Estado latino-americano soberano são os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do controle de convencionalidade.

4 A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA FOI EFICIENTE?

Obter um direito pela via das Cortes Internacionais nem sempre é o melhor caminho, uma vez que não há garantia de resultado imediato, especialmente quando o assunto é o direito humano à nacionalidade, sem o qual o exercício da cidadania fica deficiente e o ideal é conseguir obtê-la de forma mais célere através dos procedimentos internos (mas isso depende mais do Estado do que do apátrida). Mazzuoli e Gomes (2015, p. 145), ciente da má vontade estatal de cumprir com as decisões das cortes regionais, explica que um dos maiores problemas do sistema interamericano é a dificuldade de executar internamente os deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos. Ainda assim, para Piovesan (2015, p. 176) “os Estados devem garantir o cumprimento das decisões, sendo inadmissível sua indiferença, omissão e silêncio.” Levando isso em consideração, neste item será abordado o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana, a qual foi estudada no item anterior.

O governo dominicano, de fato, pagou a indenização fixada na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que causou até uma certa surpresa para a sociedade, já que o Presidente da época, Leonel Fernández, havia declarado que não pagaria indenização alguma. Contudo, o governo entregou à menina maior de idade um cheque

no valor de 8 mil dólares e um certificado no mesmo valor à menina que era menor. À mãe de cada uma das meninas foi entregue um cheque de 6 mil dólares para cobrir os honorários advocatícios (GIL; RAMIREZ, 2007).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma resolução em 27 de agosto de 2010, declarando que a República Dominicana, além do pagamento da indenização, também havia cumprido com a publicação da sentença.

Em 10 de outubro de 2011, a Corte declarou que o Estado dominicano não cumpriu com a obrigação de promover um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e com a obrigação de informar de maneira clara, concisa e detalhada sobre as medidas adotadas para adequar sua legislação interna com os ditames da sentença do caso Yean e Bosico (BLOG CORTE IDH, 2011).

Apesar da inadmissibilidade da indiferença e da omissão, a República Dominicana não adotou o espírito da sentença do caso Yean e Bosico e, em 2013, através da decisão nº 168 do Tribunal Constitucional, revogou a nacionalidade de 4 gerações de descendentes de haitianos, ou seja, revogando, retroativamente, a nacionalidade dominicana adquirida desde 1929 por milhares de cidadãos, sendo a maioria com ascendência haitiana. A sentença definiu a nacionalidade dominicana baseada em critérios “históricos, linguísticos, raciais e geopolíticos”, legitimando a discriminação racial na sociedade dominicana (ROSAS, 2016).

Em 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou o “*Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*”, que julgou a detenção arbitrária e expulsão sumária de haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, além dos impedimentos encontrados para obtenção de nacionalidade por pessoas nascidas

no território dominicano (BERNARDES, 2016)³. Insatisfeita com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a República Dominicana revogou sua aceitação à jurisdição da Corte, pois entendia que o sistema interamericano de direitos humanos não respeitava a sua soberania.

Ora, as decisões oriundas do sistema interamericano de direitos humanos não podem ser consideradas uma afronta à soberania estatal, pois não existe soberania que tenha legitimidade para violar direitos humanos. Para Santos (2012, p. 143) “a relativização da soberania no sistema interamericano não é um ato de violência em face do Estado, mas sim uma atitude louvável do Estado que procura fazer parte de um sistema internacional que se preste a promover a dignidade da pessoa humana.” Neste ato, o Estado cede, *spont sua*, parte de sua soberania .

Campilongo (1997, p. 99) alerta que a soberania tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível, defendida por muitos estudiosos, é incompatível com a realidade estatal contemporânea e qualquer concepção de soberania que a tome como ilimitada, exclusiva e perpétua do poder público está morta. O processo de transnacionalização pela qual o mundo está passando, traz consequências para o conceito de soberania, pois esta começa a passar por uma crise de conceito por causa da proliferação de ordenamentos soberanos transnacionais (por exemplo, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos), paralelamente ao Estado.

A manutenção ou agravamento das situações de apatridia constitui uma afronta ao direito humano à nacionalidade e não existe

³ Arendt (2012, p. 383) apontou uma situação equivalente a deportação em massa em seu livro *Origens do Totalitarismo*: “O não reconhecimento de que uma pessoa pudesse ser “sem Estado” levava as autoridades, quaisquer que fossem, à tentativa de repatriá-la, isto é, de deportá-la para o seu país de origem, mesmo que esse se recusasse a reconhecer o repatriado em perspectiva como cidadão, ou, pelo contrário, desejasse o seu retorno apenas para puni-lo.”

soberania estatal que possa justificar este tipo de conduta. Boutros-Ghali faz uma afirmação que nos leva a refletir sobre soberania nos tempos atuais:

Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal e que permite um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo (BOUTROS-GHALI, 1993 apud LIMA, 2016, p. 13).

A realidade global traz uma perda de exclusividade do *locus* estatal para a tomada de decisões políticas devido a um aumento da atividade dos novos atores internacionais e à necessidade de inserção dos Estados soberanos em processos de integração regional (TOSTES, 2004, p. 50).

Assim, ao contrário dos demais países latino-americanos que têm procurado sanar a situação desumana da apatridia das pessoas que vivem em seus territórios, a República Dominicana, em nome da sua soberania, apenas piora os índices de apatridia no continente latino. Caso o país continue negando a conceder a nacionalidade dominicana àqueles que lá nasceram, a única saída que resta ao indivíduo é recorrer ao peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que esta intervenha, a fim de que o consagrado direito humano à nacionalidade seja concretizado.

A postura negacionista leva o país ao descrédito, a perder a

garantia internacional dos direitos humanos, pois futuros casos perante a Corte Interamericana seriam apenas semulacros, cuja sentença seria supérflua caso repetisse o que o Direito interno do país já dispõe; ou inócua, se o contrariasse (RAMOS, 2015, p. 293). A atual ciência política, da qual a soberania estatal faz parte, deve buscar atender ao bem comum, que, nas palavras de Comparato (1999, p. 19), “hoje tem o nome de direitos humanos, cujo fundamento é a igualdade de todos os homens, em sua comum condição de pessoas.”

CONCLUSÃO

O Direito Internacional, ainda que tenha avançado em matéria de nacionalidade, com a elaboração de legislação destinada aos apátridas, especialmente a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961), ainda não está sendo completamente eficaz na erradicação da apatridia devido dificuldade de forçar um Estado a cumprir com decisões oriundas das Cortes dos sistemas de direitos humanos.

A apatridia é um tema que afronta à ideia clássica de soberania, pois, se por um lado o Estado tem o direito de escolher previamente quem serão seus nacionais, por outro lado, isso lhe impõe o dever de não retirar a nacionalidade de pessoas que já a tem e, caso faça isso, o Estado estará incorrendo em um ilícito internacional a ser julgado por um tribunal internacional.

Não há dados suficientes e nem mesmo um número considerável de casos propostos perante o sistema interamericano de direitos humanos por violação ao direito à nacionalidade que possam confirmar que a provocação da Corte regional de direitos humanos é a melhor solução,

entretanto, ainda é a única saída possível que, muitas vezes, esbarra em questões relacionadas à soberania, já que a nacionalidade é prerrogativa estatal, ou seja, o Estado tem o poder de determinar quem é ou não seu nacional.

O que se verifica é que todos os casos de sucesso (e a América Latina, com exceção do caso República Dominicana e descendentes de haitianos, é um exemplo na erradicação da apatridia) foi devido à boa vontade dos Estados em completar lacunas que geravam conflito negativo de nacionalidade, tais como o Brasil, o Chile, a Costa Rica. Estes países contavam com um número razoável de apátridas, mas conseguiu contornar esta situação através de reformas legislativas e administrativas que possibilitaram a obtenção de nacionalidade por milhares de pessoas.

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser suplementar e ser requisitada após de esgotados todos os recursos internos do Estado nacional, tal como aconteceu no caso das meninas Yean e Bosico, as quais se tornaram dominicanas após a sentença condenatória, tendo sido essencial para a concretização do direito à nacionalidade. Contudo, o Direito Internacional precisa ser estudado com mais profundidade para que os especialistas verifiquem quais instrumentos podem utilizar para evitar condutas que desrespeitem o teor da sentença, tais como o fato da República Dominicana não ter feito o ato de reconhecimento público do ilícito internacional e não ter adotado em seu direito interno as medidas necessárias para diminuir a incidência da apatridia em nome da soberania estatal.

A soberania, antes tida como uma, indivisível e imprescritível, atualmente cede lugar à soberania compartilhada, transnacional, mas, ainda que se veja a soberania como algo exclusivamente estatal, a

desobediência às decisões proferidas por uma corte regional de direitos humanos é uma afronta à própria soberania, pois, quando o Estado assinou, de livre e espontânea vontade, a Convenção (no caso, a Americana de Direitos Humanos), aceitou obedecer aos ditames regionais de direitos humanos. O desrespeito às sentenças viola o próprio ato de soberania e, no caso da manutenção da apatridia, isso gera uma situação tão cruel que, como Hannah Arendt escreveu em seu livro, é pior do que a escravidão.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. **A Declaração de Cartagena e a proteção aos refugiados**. 2014. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/noticia/a-declaracao-de-cartagena-e-a-protecao-aos-refugiados>>. Acesso em: 12 maio 2017.

ACNUR. **Apatridia**: ACNUR ajuda indígenas sem fronteiras na América Central. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/apatridia-acnur-ajuda-indigenas-sem-fronteiras-na-america-central/>. Acesso em 18 de março de 2016.

ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

BATCHELOR. C. A. **Statelessness and the problem of resolving nationality status**. International journal of refugee law. Osford, 2000.

BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL PENSAR E REPENSAR A AMÉRICA LATINA, 2., 2016. **Anais...** Disponível

em: <http://sites.usp.br/pro_lam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/BERNARDES_SP24-Anais-do-II-Simp%C3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>. Acesso em: 11 maio 2017.

BERTIN, Ximena. **Recurren a la Corte para nacionalizar a 161 hijos de migrantes**. Disponível em: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/11/680-655368-9-recurren-a-la-corte-para-nacionalizar-a-161-hijos-de-migrantes.shtml>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BLOG COURT IDH. **Supervisión del cumplimiento de Sentencia en el caso Yean y Bosico vs. República Dominicana**. 2011. Disponível em: <<http://corteidhblog.blogspot.com.br/2011/11/supervision-del-cumplimiento-de.html>>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 54, de 20 de setembro de 2007**. Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc54.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Apresentação. In: _____. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1999.

COSENDEY, Larissa Rodrigues da Silva. **Apatridia e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2014.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. **Direito**

internacional público. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

EQUIPO MIGRACION Y REFUGIO AMNISTIA INTERNACIONAL. **Niños y niñas apátridas en Chile: el abandono por parte del Estado.** 2014. Disponível em: <<http://www.theclinic.cl/2014/12/01/ninos-y-ninas-apatridas-en-chile-el-abandono-por-parte-del-estado/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

GIL, Fior; RAMIREZ, Juan Maria. **Gobierno paga dinero a dos niñas haitianas.** 2007. Disponível em: <<http://hoy.com.do/gobierno-paga-dinero-a-dos-ninas-haitianas/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

GONZALES, Juan Carlos Murillo. **Apatridia y nacionalidad en America Latina.** 2011. Disponível em: <<http://www.uasb.edu.ec/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

LIMA, Simone Alvarez. A violação aos direitos humanos pela apatridia na América Latina. In: ENCONTRO DA ANDHEP, 4., 2016, Vitória. **Anais...** Vitória, 2016.

LISOWSKI, Telma Rocha. **A apatridia e o “direito a ter direitos”:** um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos Apátridas. 2012. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revisita_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

MARCO, Carla Fernanda de. **O direito fundamental à nacionalidade:** a apatridia e a competência atributiva da ONU.

Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Parlamentares latino-americanos reúnem-se em Quito para discutir apatridia**. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/parlamentares-latino-americanos-reunem-se-em-quito-para-discutir-apatridia/>>. Acesso em: 12 maio 2017.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **A Apatridia sob a perspectiva do caso Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497>. Acesso em: 20 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues et al. **Apatridia e cidadania: protegendo indivíduos legalmente invisíveis**. 2013. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2013/wp-content/uploads/2013/03/13.-SoCHum-Artigo.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

ROSAS, Erika Guevara. **Milhares de apátridas: a vergonha da República Dominicana**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/milhares-de-apatridas-vergonha-da-republica-dominicana/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SEITENFUS, Ricardo. **Haiti: dilemas e fracassos internacionais**. Ijuí: Unijuí, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STAPLES, Kelly. **Statelessness and the politics of misrecognition**. Berlim: Springer, 2012.

TAVARES, Osnir. **Do outro lado da ilha: República Dominicana**. 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/do-outro-lado-da-ilha-republica-dominicana-ctbesa985e6phf1y8e66idx72>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

TOSTES, Ana Paula B. **União europeia: o poder do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Como citar: VAL, Eduardo Manuel; LIMA, Simone Alvarez. Soberania e Nacionalidade: As diferentes condutas dos Estados diante da apatridia na América Latina. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.43-69, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p43. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 14/07/2016

Aprovado em 10/08/2017

O MANDADO DE INJUNÇÃO PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO E À REVISÃO ANUAL DO SERVIDOR PÚBLICO

THE ROLE OF THE ORDER OF INJUNCTION IN GUARANTEEING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF IRREDUCIBILITY AND YEARLY REVISION OF THE CIVIL SERVANT'S SALARY

Carolina Bastos Siqueira*
Elda Coelho de Azevedo Bussinger**

* Doutoranda pelas Faculdades de Direito de Vitória, FDV, Brasil. Mestre em Direito em 2013 pela Faculdade de Direito de Vitória, FDV, Brasil. Especialista em Direito Empresarial do trabalho em 2009 pela Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil. Graduada em Direito em 2001 pela Universidade Vila Velha, UVV, Brasil. Email: carolbastos@msn.com.

** Doutora em Direito em 2014 pela Universidade de Brasília, UnB, Brasil. Mestre em Direito em 2008 pelas Faculdades de Direito de Vitória, FDV, Brasil. Graduada em Direito em 2002 pelas Faculdades de Direito de Vitória, FDV, Brasil. Email: elda@fdv.br.

Como citar: SIQUEIRA, Carolina B.; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.70-98, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p70. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo analisa, a partir da metodologia dialética, a utilização do Mandado de Injunção para compelir o Poder Executivo e o Poder Legislativo a produzir a legislação obrigatória para concessão da revisão anual dos subsídios dos servidores públicos, partindo da importância da remuneração e de sua condição de direito fundamental do trabalhador. Posteriormente, avalia a função dos Sindicatos na garantia dos direitos das categorias. Verifica, também, o papel essencial do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais e sua operacionalização por meio de ações, como o

Mandado de Injunção.

Palavras-chave: Revisão anual dos subsídios. Servidor público. Mandado de injunção. Omissão legislativa. Igualdade.

Abstract: This paper analyzes, with the dialectical methodology, the utilization of the ‘order of injunction’ to compel the Executive and Legislative Branch to produce the mandatory legislation for the annual review of civil servants’ subsidies – based on the importance of remuneration as a Fundamental Right of the worker. Subsequently, this research assesses the role of Labor Unions in ensuring these category’s rights; verifies the essential role of the Judiciary as its protector; and analyzes its operationalization by mean of action, such as the Order of Injunction.

Keywords: Annual review of subsidies. Civil servant. Order of Injunction. Legislative omission. Equality.

INTRODUÇÃO

O princípio da irredutibilidade remuneratória e a revisão geral anual dos vencimentos, que protegem o poder de compra da remuneração dos servidores públicos, vêm sendo constantemente ignorados pelo Poder Público. As entidades sindicais, responsáveis pela defesa e representação das categorias de servidores, enfrentam problemas frequentes diante dos desafios existentes na defesa dos representados, especialmente pelo número restrito de instrumentos legais que auxiliem sua luta.

A permanente defasagem na remuneração dos servidores públicos traz perdas financeiras alarmantes para diversas categorias, especialmente porque, com o crescente aumento do custo de vida no Brasil, manter os vencimentos congelados, em uma economia instável como a brasileira, contraria os ideais do Estado Democrático de Direito.

A instabilidade da economia no Brasil pode ser constatada em uma análise da inflação que, no ano de 2015, ficou em 10,67%, segundo dados do IPCA-IBGE (VALOR ECONÔMICO, 2016). A inflação gera a perda do valor de compra da moeda, uma vez que as mercadorias têm seus preços elevados enquanto a remuneração se mantém estável, gerando um desequilíbrio significativo para as finanças da população em geral, que se vê cada vez mais tolhida na aquisição de bens e serviços necessários e desejados.

Mesmo assim, a Legislação brasileira deixou de fornecer os meios para solucionar esse problema e vem lesando o servidor e, conseqüentemente, o serviço público nesse particular, criando uma situação cada vez mais insustentável, trazendo prejuízos não apenas financeiros, mas também psicológicos. Assim, a insatisfação dos titulares de cargos públicos, bem como o descaso da Administração Pública,

podem impactar diretamente a qualidade de seu labor.

Partindo dos fatos supracitados, tornou-se necessária uma investigação acerca do tema, dando maior destaque aos anseios dos servidores públicos em frente às constantes perdas remuneratórias sofridas, inclusive por se tratar de verba alimentar, ou seja, direito indisponível do servidor. O direito à irredutibilidade da remuneração e à sua revisão anual se deve ao valor social e humano dos vencimentos dentro de uma sociedade cuja base se funda essencialmente no valor social do trabalho.

Esses direitos também foram reconhecidos aos trabalhadores celetistas, ou seja, aos trabalhadores que compõem a iniciativa privada. No entanto, para estes, houve a previsão de uma ação específica, caso ficasse evidenciada sua lesão, qual seja, o Dissídio Coletivo.

Diante dessa situação, busca-se investigar se seria possível o manejo do Mandado de Injunção para obrigar o Poder Público a reajustar os subsídios dos servidores públicos, garantindo, assim, o seu direito fundamental à revisão anual e, conseqüentemente, à irredutibilidade de vencimentos.

No presente artigo, objetivou-se identificar a remuneração como direito humano fundamental do servidor, capaz de garantir sua subsistência, assim como foi analisada a função do Estado na perspectiva da proteção e garantia aos direitos humanos em suas dimensões ontológica e deontológica. Analisou-se também o papel dos Sindicatos como espaços de lutas pela garantia de direitos humanos e, por fim, a possibilidade de utilização do Mandado de Injunção para ver garantido o direito fundamental à irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos, buscando a igualdade entre servidores e celetistas nesse pormenor.

A base teórica utilizada foi a de Ronald Dworkin, para quem o

Poder Judiciário deve garantir os direitos fundamentais, ainda que contra majoritariamente em comunhão à ideia habermasiana de que o direito não deveria jamais ser apenas uma subsunção dos fatos às normas, mas também moral e, portanto, justo.

A metodologia dialética foi o fio condutor deste trabalho, buscando, a partir de similitudes e diferenças, aproximar a forma de tratamento despendida aos servidores e celetistas. A garantia dos direitos fundamentais deve ser efetivada pelo Estado, ainda que contra majoritária, quando se observa a violação dos direitos humanos, constando a multiplicidade e complexidade de fatores envolvidos e as contradições da realidade.

É posta em oposição a postura dos Poderes Legislativo e Executivo, quando estes violam direitos fundamentais e a possibilidade de proteção contra majoritária que deve ser exercida pelo Poder Judiciário, por meio da judicialização de questões políticas e/ou sociais.

1 O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As lutas democráticas que se sucederam no cenário mundial durante todo o século XX trouxeram importantes conquistas em termos de direitos fundamentais sociais para os povos ocidentais. No entanto, a consagração desses direitos nos diplomas constitucionais, ainda que tenha se dado de forma lenta e difícil, não garante que os eles sejam, de fato, concretizados.

Para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tornou-se frequente no Brasil a busca por um pronunciamento judicial para sanar as omissões e lacunas das proposições

legislativas. Essa prática ficou conhecida como judicialização da política.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 24), a primeira causa para a judicialização foi a redemocratização iniciada em 1988, com a promulgação da Constituição:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes.

A segunda causa, ainda segundo Barroso (2012, p. 24), teria sido a “[...] constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político e para a legislação ordinária”. E a última, seria “[...] o sistema brasileiro do controle de constitucionalidade”, que tem a maior abrangência de todo o mundo, uma vez que qualquer juízo pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, não se restringindo ao juízo constitucional diretamente realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Partindo, portanto, da Teoria de Ronald Dworkin, na qual o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve garantir os direitos fundamentais, respeitando os princípios constitucionais, é que se busca, no presente artigo, demonstrar a necessidade de um pronunciamento jurisdicional no tocante à irredutibilidade de vencimentos do servidor público e à obrigatoriedade de sua revisão anual.

Para Dworkin (2007, p. 3-4), o direito precisa estar ancorado em uma dimensão moral. No mesmo sentido, afirma Habermas (2010, p. 181) que o direito não deve jamais ser desinteressado, uma vez que

sua aplicação não pode se limitar a uma subsunção às normas, o que faria a decisão legal, mas não, necessariamente, legítima. A legitimidade da decisão estaria vinculada a uma possível justificativa moral de sua aplicação.

Nessa perspectiva, a não concessão dos reajustes salariais dos servidores públicos poderia se configurar como uma legalidade imoral, uma vez que a natureza jurídica da remuneração é alimentar. Seu valor não está relacionado apenas com um aspecto material, como se fosse similar a uma prestação contratual simples. Ao contrário, sua natureza alimentar coloca a remuneração em uma posição de fundamental importância para o trabalhador/servidor, já que lhe garante sobrevivência e dignidade.

Levando em consideração essa questão essencial da remuneração para a fruição de direitos fundamentais e o gozo de uma vida digna, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 117) registra que a necessidade do controle social exercida pelo Poder Judiciário fica patente quando estamos tratando de questões afetas aos direitos fundamentais. Em sua análise, estes teriam “[...] um status diferenciado no âmbito constitucional e, a fortiori, do sistema jurídico como um todo”. Para a autora, os direitos fundamentais estariam no centro do sistema jurídico, o que geraria para o Estado de Direito uma obrigação não apenas de nutri-los, mas também de resguardá-los.

Essa afirmação tem dois fundamentos interligados mas distintos. Há aqui um fundamento filosófico, que dá conta da centralidade axiológica do homem e de sua dignidade, e um fundamento jurídico. Este, refletindo a centralidade filosófica do homem, organiza o sistema jurídico em torno e em função dos direitos fundamentais e prevê ainda mecanismos que reforçam esse status diferenciado,

de que são exemplos a técnica das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV) e a existência de remédio específico de proteção daquilo que a Carta de 1988 chama de ‘preceitos fundamentais’ (CF, art. 102, § 1º), categoria na qual se encontram, por certo, os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2008, p. 117).

Sendo assim, diante de constantes violações de direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira, o Poder Judiciário vem sendo convocado a se manifestar para garanti-los ou, ao menos, para se pronunciar sobre questões que anteriormente não eram consideradas de sua competência.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário proteger e fazer cumprir as normas constitucionais que não são devidamente satisfeitas. A busca por uma melhor satisfação dos direitos fundamentais para a sociedade é, portanto, a causa maior e mais justa para a existência dos tribunais, especialmente tribunais garantidores dos princípios e regras constitucionais, como foram constituídos os tribunais brasileiros, afinal, não pode ser outra a interpretação quando a última instância da Justiça brasileira é reconhecida como Guardiã da Constituição.

2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E A CONSEQUENTE OBRIGATORIEDADE DE REVISÃO ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Pode-se afirmar que todo cidadão de um Estado Democrático de Direito tem direito de resistência à opressão e que a todo trabalhador é inafastável o direito fundamental de irredutibilidade remuneratória,

conferido a trabalhadores celetistas e servidores públicos, conforme previsto na Constituição da República.

Entretanto, não se pode dizer que essa previsão constitucional tem recebido a mesma proteção quando se trata do exercício desse direito perante o Poder Judiciário. Ou seja, ao servidor público vêm sendo negados direitos, fundamentais no Brasil, relativos a direitos sociais e coletivos.

O servidor público estatutário deve ser considerado uma espécie de trabalhador. Certamente não se está aqui a admitir que qualquer servidor público tenha uma relação de emprego comum e celetista com o Estado, ainda que em alguns casos isso ocorra, mas mesmo assim há uma relação de trabalho, que é mais ampla, inclui servidores, trabalhadores autônomos e até mesmo empreiteiros.

A relação de trabalho está relacionada com toda e qualquer relação jurídica na qual esteja presente uma obrigação de fazer que dependa do trabalho humano (DELGADO, 2016, p. 265). Portanto, não restam dúvidas de que o servidor público, qualquer um deles, tem, sim, uma relação de trabalho com o Estado, especialmente no mundo de hoje em que o operário não mais representa sozinho o núcleo central do direito trabalhista. Este é o entendimento dos sociólogos do trabalho Ricardo Antunes e Giovanni Alves (2004, p. 82):

Compreender, portanto, a classe-que-vive-do-trabalho, a classe trabalhadora hoje, de modo ampliado, implica entender este conjunto de seres sociais que vivem da venda da sua força de trabalho, que são assalariados e desprovidos dos meios de produção. Como todo trabalho produtivo é assalariado, mas nem todo trabalhador assalariado é produtivo, uma noção contemporânea de classe

trabalhadora deve incorporar a totalidade dos(as) trabalhadores(as) assalariados(as).

Tendo uma relação de trabalho assalariado, o servidor não deveria receber tratamento diferenciado quanto às outras espécies de trabalhadores. Ainda que, na perspectiva da relação capital-trabalho, não seja possível encaixar perfeitamente o servidor público, este continua sendo alguém que vende seu labor.

Segundo Eric Hobsbawm (1995, p. 404), no entanto, tem havido uma grande alteração da forma como o Estado vem tratando seus servidores em razão do neoliberalismo e das grandes exigências do mundo globalizado e de um mercado cada vez mais competitivo. O Estado que, anteriormente, era um bom empregador, está transformando seus servidores em uma mercadoria cada vez mais descartável.

A tragédia histórica das Décadas de Crise foi a de que a produção agora dispensava visivelmente seres humanos mais rapidamente que a economia de mercado gerava novos empregos para eles. Além disso, esse processo foi acelerado pela competição global, pelo aperto financeiro dos governos, que – direta ou indiretamente – eram os maiores empregadores individuais, e não menos, após 1980, pela então predominante teologia de livre mercado que pressionava em favor da transferência de emprego para formas empresariais de maximização de lucros, sobretudo para empresas privadas que, por definição, não pensavam em outro interesse além do seu próprio, pecuniário. Isso significou, entre outras coisas, que governos e outras entidades públicas deixaram de ser o que se chamou de ‘empregadores de último recurso’ (WORLD LABOUR, 1989 apud HOBSBAWM, 1995, p. 403).

No que tange àquilo que é oferecido ao empregado em troca de seu trabalho, Maurício Godinho Delgado (2016, p. 786) sustenta que salário “[...] constitui a parcela central devida ao trabalhador no contexto da relação de emprego”. No entanto, salário deve ser considerado como algo de maior importância que uma simples contraprestação de um contrato qualquer, afinal, é “[...] um dos temas mais recorrentes das lutas obreiras ao longo dos últimos dois séculos” (DELGADO, 2016, p. 786).

Tratar a remuneração como mera contraprestação contratual por serviços prestados é aplicá-la em detrimento do que estabelece a Constituição brasileira que, claramente, alçou os direitos dos trabalhadores à categoria de direitos sociais, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 48-49).

No entender de Leite (2015, p. 48-49), os direitos sociais estariam, necessariamente, no rol dos direitos fundamentais no Brasil desde a promulgação da Carta de 1988, que mudou a lógica dos direitos fundamentais:

A Constituição Brasileira de 1988, alterando radicalmente a ideologia que foi observada nas Cartas anteriores, tradicionalmente individualistas e que, por tal razão, excluía os direitos sociais do elenco dos direitos humanos, inseriu esses mesmos direitos (arts. 6º, 7º *usque* 11; 170 *usque* 232) no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II do Título II da CF). Daí a expressão direitos constitucionais fundamentais, que se refere, sobretudo, consoante a advertência de Pinto Ferreira, “a uma ideologia política de determinada ordem jurídica e a uma concepção da vida e do mundo histórico, designando, no Direito Positivo, o conjunto de prerrogativas que se concretizam para a garantia da convivência social

digna, livre e igual da pessoa humana na estrutura e organização do Estado”.

A partir dessa afirmativa, pode-se inferir que, dentre os direitos sociais, encontra-se o da irredutibilidade de vencimentos, garantia da dignidade e subsistência do servidor e de sua família. Afinal, é a partir do salário, da remuneração, que o trabalho se torna significativo na sociedade atual, uma vez que suas subjetividades são definidas, em grande parte, pelo consumo. Na perspectiva de Zigmund Bauman (2005, p. 24):

A ‘subjetividade’ dos consumidores é feita de opções de compra – opções assumidas pelo sujeito e seus potenciais compradores; sua descrição adquire a forma de uma lista de compras. O que se supõe ser a materialização da verdade interior do self é uma idealização dos traços materiais – ‘objetificados’ – das escolhas do consumidor.

Destaque-se, ainda, que a ideia de trabalhador não se limita à ideia de empregado, pois a qualquer trabalhador são garantidos direitos sociais, sem os quais sua dignidade, liberdade e igualdade estariam frontalmente violadas. Conforme o que se convencionou chamar de relação de trabalho, estão todas as espécies de trabalhadores, dentre os quais podem ser citados os empregados e os servidores públicos.

Apenas para fins de esclarecimento, empregado e empregador são os sujeitos da relação empregatícia, formalizada pela assinatura da Carteira de Trabalho, na qual não estariam incluídos os servidores públicos estatutários, uma vez que estes são regidos por estatuto. Entretanto, tanto empregados quanto estatutários são considerados trabalhadores, já que ambos fazem parte de uma relação de trabalho

cujo vínculo é apenas formalizado de maneira diversa. Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 159):

Convém dizer, desde logo, que nem todo trabalhador é empregado. Mas, todo empregado é trabalhador. O empregado é tradicionalmente tutelado pelo direito do trabalho, ou seja, é titular de direitos trabalhistas. Já a tutela dos demais trabalhadores depende de previsão no ordenamento jurídico de um dado Estado.

Portanto, os servidores públicos estão incluídos na categoria dos trabalhadores, objeto do presente estudo, aos quais se garantem as prestações positivas afetas aos direitos sociais. Além disso, a própria Constituição da República estabelece, em seu art. 39, § 3º, que serão aplicados aos servidores públicos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais que garantem a irredutibilidade remuneratória, bem como “[...] outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 2016).

Essa inclusão se faz salutar ainda em razão do próprio sentimento de pertença dos servidores públicos à categoria de trabalhadores, que acreditam que a relação de trabalho na qual estão inseridos não difere substancialmente da relação de trabalho existente entre empregado e empregador regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Como dito, a diferença essencial entre o servidor e o empregado comum é a maneira de formalização da relação de trabalho.

Destarte, seja pela similitude das relações entre o servidor público e o Poder Público e entre o empregado celetista e o empregador, seja pela percepção do próprio servidor público como trabalhador, entende-se que não deve ser aplicado tratamento desigual aos servidores públicos no tocante à garantia dos direitos sociais fundamentais.

Estabelecida a aproximação entre as condições do servidor

público e do trabalhador celetista, é fundamental ressaltar a importância da atualização dos vencimentos. Assim, a remuneração é a contrapartida paga ao servidor/trabalhador para que ele possa custear moradia, transporte, plano de saúde e seu sustento pessoal e de sua família. É, portanto, verba alimentar, garantida na Constituição Brasileira a todo trabalhador, incluindo o servidor público.

Assim, quando o trabalhador, seja ele servidor, seja empregado, se vê diante de uma situação de perda de seu poder de compra em decorrência da ausência de atualização da sua remuneração em frente à inflação, caracterizada está uma afronta a esse direito fundamental social.

A remuneração tem, portanto, natureza alimentar, ainda que esta seja apenas simbólica. Segundo Maurício Godinho Delgado (2016, p. 210), essa natureza teria sua origem na suposição de que, em regra,

[...] a pessoa física que vive fundamentalmente de seu trabalho empregatício proverá suas necessidades básicas de indivíduo e de membro de uma comunidade familiar (alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, etc.) com o ganho advindo desse trabalho: seu salário. A essencialidade dos bens a que se destinam o salário do empregado, por suposto, é que induz à criação de garantias fortes e diversificadas em torno da figura econômico-jurídica.

O valor social da remuneração é inegável, uma vez que é por meio dele que qualquer trabalhador garante sua subsistência, de modo que sua defasagem compromete outros direitos fundamentais, como moradia, saúde, alimentação e transporte, aqui já destacados.

Essa valorização social do salário/remuneração está evidenciada, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos

(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 12), quando estabelece que a toda pessoa que trabalhe é garantida uma contraprestação apropriada e dentro de um patamar que assegure o custeio, para si e sua família, de “uma existência compatível com a dignidade humana”.

Há uma vinculação clara e direta entre a irredutibilidade de vencimentos e o direito a uma existência digna. Com o passar do tempo, o aumento da inflação, a estagnação do valor da remuneração e a consequente desvalorização da moeda geram perdas constantes ao servidor público que, diante dessa situação, além de se sentir desvalorizado, põe em risco sua própria saúde e existência digna, fundamento da República Federativa do Brasil.

Pode-se dizer, portanto, que o legislador constituinte partiu dessas mesmas premissas quando garantiu aos servidores públicos não apenas os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, mas também reconheceu para os servidores, no art. 37, X e XV, a irredutibilidade de vencimentos e sua revisão anual (BRASIL, 2016).

Nada obstante, segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 502), os preceitos constitucionais que disciplinam as normas dos servidores públicos, mais especificamente, as tratadas nos arts. 37 a 41 da CRFB,

[...] exercem uma dupla função – de proteção ao serviço e de proteção ao servidor –, pois visam a estabelecer o equilíbrio entre o Poder Público e seu pessoal, para que este não se arme de vantagens prejudiciais ao serviço público, nem o Estado amesquinhe os que o servem.

Ainda sobre a remuneração dos servidores, José Sergio Monte Alegre (2008, p. 4) afirma que o reajuste anual, para preservar a igualdade entre os cidadãos, deve se dar de forma que o poder de compra, no

mínimo, seja mantido, visando a garantir a todos os que vivem do trabalho um tratamento igualitário. Afinal, se é assegurado o reajuste anual para o salário mínimo, benefícios previdenciários, vencimentos ou qualquer outra forma de remuneração, razoável seria que seus titulares recebessem a mesma tutela judicial.

Portanto, necessário se faz que se busque uma forma de garantir aos servidores a possibilidade de ver essa matéria analisada pelo Poder Judiciário quando o Estado se furtar de conceder seus reajustes, ferindo, assim, preceito fundamental.

3 OS SINDICATOS E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O papel dos Sindicatos está atrelado à defesa dos interesses da categoria de trabalhadores cuja representação lhes cabe. Dessarte, a questão da manutenção do poder de compra da remuneração paga aos servidores públicos está, muitas vezes, no centro da missão que lhes compete, fonte das maiores cobranças da categoria e dos maiores embates com a Administração Pública.

Diante desse dilema, os Sindicatos dos Trabalhadores buscam solucionar a questão por meio de diálogos constantes com os Sindicatos dos Empregadores e, quando a solução pacífica se mostra inviável, apelam à Justiça do Trabalho para que decida acerca do Dissídio Coletivo, garantindo, no mínimo, alguma manutenção do poder compra da categoria. Esse é o quadro mais comum quando tratamos de trabalhadores da iniciativa privada, conhecidos como “celetistas”, ou seja, cujos contratos de trabalho estão regulados pela Consolidação da Leis Trabalhistas.

No entanto, quando o grupo de trabalhadores representados possui uma vinculação empregatícia diferente, como ocorre com os servidores públicos, os Sindicatos se deparam com certa dificuldade em fazer cumprir a norma constitucional contida nos incisos X e XV do art. 37, que garantem a “[...] revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” e sua irredutibilidade (BRASIL, 2016).

Há, pelo menos, duas razões muito fortes para que essa dificuldade se estabeleça. A primeira é o fato de não haver qualquer previsão legal, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma ação que tivesse a mesma função da Ação de Dissídio Coletivo proposta na Justiça do Trabalho. De fato, não há nenhum remédio processual que corrija ou que possibilite a correção da injustiça que se perpetua quanto à não concessão de revisão anual aos servidores dos quadros da Administração Pública, o que, por si só, gera desigualdade no tratamento entre servidores e celetistas diante do Poder Judiciário.

Uma segunda razão seria o fato de que a maior parte dos servidores públicos pertence a categorias que prestam serviços de natureza essencial, o que dificulta, sobremaneira, o exercício do direito de greve, instrumento de luta constitucionalmente garantido ao servidor quando se depara com uma situação de violação de seus direitos associados à relação de trabalho.

A Lei de Greve (BRASIL, 1989), em seu art. 10, considera como serviços essenciais os referentes: ao fornecimento e tratamento de água, energia elétrica, gás e combustíveis; à assistência médica e hospitalar; à distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; aos funerários; ao transporte coletivo; à captação e tratamento de esgoto e lixo; às telecomunicações; à guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; ao processamento de

dados ligados aos serviços considerados essenciais; ao controle de tráfego aéreo e de compensação bancária.

No art. 11 da mesma lei, determina o legislador que, no caso de haver greve em alguma das atividades consideradas essenciais, os Sindicatos dos Trabalhadores e os empregadores deverão garantir a continuidade da prestação de serviços que sejam considerados indispensáveis para atender às necessidades inadiáveis da sociedade, ou seja, aquelas emergenciais.

Importante mencionar que, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de três Mandados de Injunção impetrados pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) MI 708 (BRASIL, 2007b), pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindipol) MI 670 (BRASIL, 2007a) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep) MI 712 (BRASIL, 2007c), decidiu que, enquanto houvesse omissão legislativa no tocante à regulamentação das categorias de servidores públicos, seria a eles aplicada a Lei de Greve dos trabalhadores celetistas, uma vez que a omissão legislativa não poderia ser óbice ao exercício de um direito garantido constitucionalmente.

Em que pesem essas decisões do Supremo, imperioso se faz destacar que essa condição de pertencimento dos servidores públicos às categorias que prestam serviços ou atividades essenciais reduz seu poder de barganha perante o Poder Público para que este lhe conceda a revisão dos subsídios, uma vez que não estão autorizados a paralisar completamente suas atividades e sofrem as pressões, inclusive, da sociedade para a continuidade da prestação do serviço.

Somado ao fato de não haver qualquer remédio processual que garanta a revisão anual dos vencimentos dos servidores, a concessão desse

reajuste somente pode se dar por meio de lei editada especificamente para esse fim, o que dificulta a solução do conflito, uma vez que a edição da lei é ato formal da câmara legislativa que pode agir exclusivamente após determinação do chefe do Executivo. Ademais, por força do princípio da separação dos poderes, em tese, não caberia ao Judiciário interferir no processo legislativo dos órgãos destinados a esse fim.

Caberia, então, aos sindicatos, na defesa dos interesses da categoria, o manejo do Mandado de Injunção a fim de ver reajustadas as remunerações dos servidores públicos que representam. Uma das razões que sustentam essa tese, segundo Barroso (2011, p. 156), é que legítimo seria “[...] o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora”. Acrescenta ainda que as entidades representantes das categorias prejudicadas também estariam incluídas.

A conclusão de Barroso (2011, p. 156) está vinculada diretamente ao entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, que, em diversos julgados reconheceu as Entidades de Classe e Sindicatos como legitimadas para o exercício desse direito.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO PARA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E À CONSEQUENTE REVISÃO ANUAL

Uma prova inequívoca das novas competências do Poder Judiciário é a simples existência do Mandado de Injunção, que serve especificamente para que este possa realizar uma fiscalização sobre as omissões do Poder Legislativo. Afinal, o Poder Legislativo, muitas vezes, seguindo tendências de mercado ou, ainda pior, agendas com interesses individuais, opta por se omitir quando deveria proteger direitos

fundamentais consagrados constitucionalmente.

No tocante à questão da igualdade de tratamento para os trabalhadores – empregados, servidores, temporários, domésticos, ou qualquer outra espécie de relação de trabalho –, não se pode permitir que apenas algumas categorias possam buscar uma solução de conflito diante do Poder Judiciário, enquanto outras não têm a mesma opção.

Os empregados, por meio de seus Sindicatos, sempre que necessário, podem lançar mão do Instituto do Dissídio Coletivo de Natureza Econômica, para tratar, entre outras questões, de seu reajuste anual ou bianual.

Em razão das condições expostas nos capítulos anteriores acerca da semelhança entre as relações trabalhistas dos trabalhadores celetistas e as relações entre o Poder Público e os servidores públicos, bem como no tocante ao fato de a remuneração ser um direito fundamental, não se poderia escusar o Poder Judiciário de apreciar demanda análoga no caso em que os servidores públicos estejam experimentando um déficit em sua remuneração.

Aliado à questão remuneratória está o fato de que a Constituição Brasileira, quando normatizou os estatutos dos servidores públicos, procedeu de maneira a relacionar direitos e deveres recíprocos entre estes e o Poder Público.

Nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2007d), em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.089/SP, “[...] há uma relação de equivalência estabelecida entre os serviços prestados e aquilo que é devido a título remuneratório”.

No entanto, apesar de essa relação ter uma espécie de equivalência, há uma grande diferença entre os servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada no tocante ao poder de barganha

para reivindicar melhorias salariais e melhores condições de trabalho.

Não há tanto espaço no setor público para o exercício da greve, limitando as formas de pressão que poderiam ser exercidas na mesma medida em que ocorre no setor privado. Segundo o ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2007d):

O servidor público, integrando o gênero burocracia, ao contrário, não causa prejuízo ao tomador de serviços ao deixar de prestar o serviço, ficando reduzida a efetividade da greve enquanto instrumento de negociação. Ressalvado o prejuízo indireto, político-eleitoral, o verdadeiro prejudicado com a paralisação da máquina administrativa é o administrado. Daí a importância da garantia constitucional. Essa se revela na leitura teleológica que faço do artigo 37, inciso X, da Constituição, do qual extraio o direito à manutenção dos patamares remuneratórios.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2003, p. 248), há uma “dramática patologia nacional” em razão da inatividade do legislador no tocante à efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira, passividade esta que gera, inclusive, um envilecimento ou descrédito das normas constitucionais. Diante dessa realidade, o Mandado de Injunção parece encaixar-se perfeitamente ao caso ora estudado.

Criado pela Constituição da República de 1988, esse remédio constitucional trata exatamente de como se pode lidar com uma omissão legislativa, especialmente uma omissão que fere diretamente a previsão constitucional acerca da matéria, no caso, o art. 37, X.

Quanto ao Mandado de Injunção, estabelece a Constituição Federal, entre o rol de direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art. 5º, LXXI: “[...] conceder-se-á mandado de

injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania [...]” (BRASIL, 2016).

No entendimento de Flávia Piovesan (2003, p. 171-172), o Mandado de Injunção coloca o Poder Judiciário como responsável pela implementação da lógica do Estado Social nas questões em que houver omissão legislativa a ferir essa nova ordem criada em 1988:

[...] há de se ressaltar que a eficácia do mandado de injunção implica na incorporação, por parte dos órgãos aplicadores do direito, em particular por parte do Poder Judiciário, da lógica do Estado de Bem-Estar Social. Vale dizer, é este o modelo de Estado fixado pela ordem constitucional de 1988, que está a exigir da cultura jurídica a incorporação de conceitos transformadores. [...] É, por isso, insatisfatória a tentativa de conceber o instrumento do mandado de injunção à luz da lógica liberal e do procedimento interpretativo de bloqueio. Como instrumento de realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, apto a contribuir com o processo de realização da igualdade material, o mandado de injunção está a exigir novo procedimento interpretativo.

É essa nova lógica que precisa influenciar o pensamento jurídico da atualidade. A Constituição Cidadã veio para mudar a cultura jurídica, para dar um novo significado aos direitos fundamentais, portanto, ignorar essa lógica faria com que toda a confiança estatal depositada pelo povo brasileiro, desde a abertura política, fosse colocada em xeque, como já vem ocorrendo em alguns casos.

A possibilidade de utilizar o Mandado de Injunção para alcançar o direito de reajuste anual dos servidores públicos é latente, não sendo crível aguardar que os servidores públicos tenham que se valer de um pleito de indenização posterior quando, em verdade, já possuem o direito, existindo apenas a omissão legislativa para que esse direito seja observado.

Registra-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 2007, reconheceu a repercussão geral sobre a omissão do Poder Público em viabilizar a cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos dos servidores públicos, no RE nº 565089, de relatoria do ministro Marco Aurélio, cuja ementa segue:

VENCIMENTOS - REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO - ATO OMISSIVO - INDENIZAÇÃO - INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO DO TEMA. Ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização (BRASIL, 2008).

Até o momento se manifestaram favoráveis ao provimento do recurso os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Luiz Fux e, de outro lado, deram votos pelo desprovimento do recurso os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Gilmar Mendes.

A referida repercussão geral ainda se encontra com julgamento em aberto, tendo sido admitida a inclusão de dezenas de entidades de servidores públicos de todo o país como *amicus curie*, dentre elas, Sindicatos, Confederações e Associações, tendo em vista o grande alcance

do tema, com reflexos em muitos segmentos, em âmbitos municipal, estadual e federal.

Não há mais espaço, no Brasil de hoje, para manutenção de violações aos direitos fundamentais. Há de haver, ao contrário, um forte movimento para garanti-los e o Judiciário representa um papel fundamental quando interpreta, aplica e, conseqüentemente, possibilita a efetivação de direitos fundamentais, tão caros a uma sociedade que se deseja igualitária e justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A remuneração, o salário, os vencimentos têm em comum o fato não apenas de serem contraprestações a um serviço prestado, mas também são fundamentais para a subsistência do cidadão, não podendo ser reduzidos a uma questão puramente de valor, pois há direitos fundamentais atrelados a estes para que o trabalhador tenha acesso a uma vida digna, como a moradia, o lazer, o transporte, a saúde, dentre tantos outros.

É em razão disso que foi conferida a irredutibilidade de vencimentos e a necessidade de reajuste anual ao servidor público, ou seja, é imperioso que ocorra sempre que a inflação corroer o poder de compra do trabalhador e este se veja diante da impossibilidade de continuar custeando, ainda que minimamente, diversos direitos fundamentais.

A necessidade de reajuste, conforme previsto no art. 37, X e XV da Constituição da República, precisa ser sempre concretizada a cada ano. No entanto, quando não há concessão do reajuste, as categorias de servidores públicos ficam desprotegidas, uma vez que não há previsão

legal para exigir o cumprimento da norma pelo Poder Executivo.

Quando o mesmo fato ocorre para os trabalhadores celetistas, ou seja, quando não há reajuste salarial a partir das negociações coletivas entre empregados e empregadores, torna-se necessário recorrer ao Poder Judiciário para que esse direito fundamental seja garantido, o que acontece, em diversos momentos, atrelado ao exercício do direito de greve.

Esse cenário apresentado é perceptível quando se trata do trabalhador celetista, mas a problemática se instala quando se refere ao servidor público. É que o poder de pressão destes ao Poder Público é reduzido, especialmente quando se trata de serviços essenciais, quando não há possibilidade de paralisação total da categoria para lutar por seus direitos.

É fundamental que seja observada a semelhança de direitos entre os trabalhadores celetistas e os servidores estatutários, pois, embora sejam regidos por instrumentos diferentes em razão da diferença da forma de contratação, possuem o mesmo direito constitucional de irredutibilidade de vencimentos para que tenham uma vida digna.

Sendo assim, ante a ausência de norma que possibilite aos servidores públicos ajuizarem ações perante o Poder Judiciário para que seja cessada a violação aos seus direitos fundamentais, verifica-se que o remédio apropriado para essa categoria garantir a efetivação de um direito estabelecido na Constituição é o Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção teria sido criado como um meio de o Poder Judiciário exigir que o Poder Legislativo cumpra seu dever constitucional de legislar. Ou seja, quando houver descumprimento da Constituição por omissão do Poder Legislativo, como é o caso de inexistência de reajuste anual para garantir a irredutibilidade de

vencimentos.

Sendo, portanto, obrigatória a edição de lei específica para a concessão de reajuste salarial para o servidor público, que deve ser de iniciativa do Poder Executivo, fica claro que sua inexistência se configura em omissão legislativa e, portanto, passível de correção por meio do Mandado de Injunção, especialmente para a garantia de igualdade na aplicação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEGRE, José Sérgio Monte. Revisão anual da remuneração dos servidores públicos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 15, set./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ANTUNES, Ricardo C.; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Educação Social**, Campinas, v. 25, n. 87, maio/ago. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20, n. 59, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica

da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zigmund. **Globalização**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. Constituição (1989). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Org.). *Códigos 4 em 1 Conjugados*: Clt, Cpc, Legislação Previdenciária e Constituição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Distrito Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 25 out. 2007a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=670&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 25 out. 2007b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=708&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 nov 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 712/PA**. Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 25 out. 2007c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 565089/SP**. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 13 dez. 2007d. Disponível em: : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28565089%2ENUME%2E+OU+565089%2EPRCR%2E%29%28%28MARCO+AUR%29LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%29LIO%29%2ENORA%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zlar3jp>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n° 565089**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. DJe 018, divulgação em 31.01.2008, publicação em 1-2-2008, v. 02305-14, p. 02913. Acesso em: 25 abr. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Centro de Informações das Nações Unidas (Unic), 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VALOR ECONÔMICO. **Inflação acumulada**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/valor-data/tabela/5800/inflacao>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

Como citar: SIQUEIRA, Carolina B.; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.70-98, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p70. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 09/12/2016

Aprovado em 19/09/2017

TECNOLOGIA E TRABALHO NA ÉRA DA INFORMAÇÃO

TECHNOLOGY AND WORK IN THE INFORMATION AGE

Sandra Lúcia Aparecida Pinto*
Luciana Cristina de Souza**

* Mestranda da Faculdade de Direito Milton Campos. Graduada em Direito na Universidade FUMEC. Email: sandralucia.adv@gmail.com.

** Doutora em Direito pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa da Faculdade Milton Campos. Professora do Mestrado em Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos. Pesquisadora FAPEMIG e CNPq. Email: dralucianac-souza@gmail.com.

Como citar: PINTO, Sandra Lúcia Aparecida; SOUZA, Luciana Cristina de. Tecnologia e trabalho na era da informação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.99-124, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p124. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho analisará, partindo da ruptura da era industrial e de seus contornos, quais os principais impactos gerados pela adoção de novas tecnologias no mercado, os efeitos da globalização mundial, incluindo o crescimento do desemprego, com o fechamento de postos de trabalho, a descentralização e ruptura da consciência coletiva do trabalhador, além das novas tendências, como o empreendedorismo e a informalização do trabalho. Considerando a política econômica neoliberal, fazem-se, no presente artigo, apontamentos sobre a postura do Estado frente às mudanças do mercado e seus reflexos, revelando-se a necessidade de adoção de políticas públicas para proteção do trabalho.

Palavras-chave: Tecnologia. Globalização. Trabalho.

Abstract: This paper examines the rupture of the industrial era and their contours; the impacts of adopting new technologies within the marketplace; the effects of globalization – including increased unemployment and job foreclosure; the decentralization and breakdown of workers collective consciousness; in addition to new trends such as entrepreneurship and the informalization of work. Considering neoliberal economic policy, this paper comments on the State's attitude towards market changes and their effects, revealing the need to adopt public policies for job protection.

Keywords: Technology. Globalization. Job.

INTRODUÇÃO

Que o mundo do trabalho não é o mesmo, não há dúvidas. As transformações sofridas, desde a revolução industrial, são altamente perceptíveis e extremamente relevantes. A evolução dos meios de produção, o fim da era do pleno emprego e a ruptura do domínio industrial, registram, de forma macro, as mudanças enfrentadas pelos atores das relações de trabalho. A globalização, a abertura dos mercados e o avanço tecnológico passam a reger, com novas notas, estas relações. Surge, então, a necessidade de uma análise mais aprofundada da atual realidade, como meio orientador e balizador de novas medidas e políticas garantidoras do Trabalho decente.

O presente trabalho tem por objetivo compreender as dimensões dos efeitos da globalização e da transformação tecnológica no mundo do trabalho, partindo da análise das antigas formas de produção, fortalecidas na era industrial, quando todas as estruturas que envolvem a vida do trabalhador giravam em torno do seu trabalho. Neste sentido, busca-se, por meio de uma contextualização histórica, delimitar a relevância do papel da grande indústria na vida dos seus trabalhadores, envolvendo, além deles próprios, sua família e a rotina da própria comunidade onde instalada.

Delimitada a realidade da era industrial e sua relevância na vida do indivíduo, passa-se à análise das mudanças provocadas pela globalização e pela transformação tecnológica neste cenário, traçando seus principais efeitos. Faz-se uma análise pormenorizada dos efeitos da tecnologia no mundo do trabalho e na vida do trabalhador. Verifica-se que, assim como a era da industrialização e do pleno emprego tiveram forte influência em todos os campos da vida do indivíduo, com participação

em várias esferas, como a vida familiar, o lazer e a própria comunidade em que inserido, também o tem estes novos fenômenos. Pelas pesquisas realizadas é possível aferir os fortes impactos gerados e, ainda, as próprias tendências trazidas por esta nova realidade. O início do incentivo ao empreendedorismo, a migração do emprego formal para a informalidade e a falta de capacitação do trabalhador para atuar no novo mercado são amostras dos efeitos nefastos do descompasso vivido entre a era da informação e o mercado de trabalho.

Uma coisa, todavia, permanece imutável: a relevância do trabalho para o homem, como fator dignificante, garantidor da subsistência e da inserção social, sendo necessária, portanto, a adoção de medidas eficazes para sua proteção e promoção. Diante das tendências de mercado e, ainda, das práticas neoliberais, nota-se a crescente desresponsabilização do estado quanto à realidade dos trabalhadores face às diversidades consequentes da globalização e das novas tecnologias. Entretanto, percebe-se a crescente necessidade da adoção de políticas públicas garantidoras da empregabilidade no novo cenário existente como mecanismo de sustento e garantia de qualidade de vida para muitas famílias, notadamente aquelas que integram os estratos mais pobres da economia nacional, pois a automação desregulamentada, por exemplo, pode aumentar o desemprego entre os que têm maior dificuldade de acesso à capacitação tecnológica.

Não raro essas pessoas são, posteriormente, deixadas “à própria sorte”, como alerta a pesquisa de Meirelles e Athayde (2014, p. 73, 76) sobre as favelas brasileiras:

Em anos recentes, a favela tem se tornado um qualificado laboratório na incubação

de novos negócios. Mas, por quê? O morador da comunidade, durante longo tempo obrigado a se virar sozinho, desenvolveu habilidades e vocações para a produção e o comércio. [...] Muitos dos pequenos empreendimentos nessa área derivam do fomento dos bancos comunitários, que hoje são mais de cinquenta no Brasil. [...] Operando sob o princípio da economia solidária, no campo do microcrédito, a organização estimula a produção e o consumo, gerando trabalho e renda para a comunidade. [...]. Um estudo do Sebrae levado a cabo em dezoito comunidades exibe o perfil médio do empreendedor. Ele é mulher, tem mais de 40 anos e pouca intimidade com a internet. Uma das tarefas urgentes dos técnicos da entidade é gerar soluções de aprendizado para que esses construtores de negócios utilizem as ferramentas digitais de comunicação.

Logo, a realidade econômica das comunidades de favelas no Brasil é uma das tentativas da população de sobreviver à má gestão do processo de participação do capital e do trabalho no mercado global. Sem políticas públicas adequadas de proteção ao trabalhador, a informalização – inclusive a criação de instituições financeiras próprias, menos especulativas – torna-se o meio eficaz e muitas vezes único para a subsistência.

1 OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA

Outro efeito maléfico da globalização mundial da economia, além do desemprego, é a desconstrução das “identidades” sociais. Por exemplo, as cidades operárias, conhecidas no período de seu maior desenvolvimento como cidades-polo de outras menores e menos ricas,

eram as grandes responsáveis pela geração de emprego e renda para as pequenas e médias regiões dos estados mais industrializados do Brasil. Todavia, nas recentes décadas, elas se viram privadas de inúmeros postos de trabalho devido aos efeitos do fenômeno da globalização, cuja abrangência não se restringe ao campo econômico.

Nessa nova economia de mercado o operário industrial sofreu com a desconstrução da sua identidade pelas transformações sofridas pelas categorias profissionais quanto ao modo de se relacionar socialmente. As demandas sociais são diferentes das de outrora e há maior negociação dos direitos e prerrogativas adquiridos no Estado do Bem-Estar Social (mesmo que essa modalidade de Estado tenha se apresentado sob tipos variados na América Latina, diferentemente dos Estados Unidos da América e da Europa). Os movimentos sindicais começaram a reformular sua linha de atuação, uma vez que a ausência do Estado grande e forte remete à sociedade civil boa parte das discussões políticas anteriormente efetivadas pelos governos junto aos setores privados.

A associação da identidade do operário com a da empresa se fragmentou e não foi substituída por outra correlação de natureza semelhante. Em diversos centros urbanos se podia observar um “viver para a indústria” que não existe mais com a mesma intensidade. Anteriormente, desde a alfabetização os filhos dos operários, que muitas vezes estudavam em escolas dos Serviços “S” (SENAI, SENAT, etc.), até o ensino médio voltado para a aquisição de uma profissão técnica, de modo geral a vocação para o trabalho parecia uma espécie de hereditariedade nas cidades que dependiam mais de suas indústrias e nesses meios urbanos, portanto, os efeitos da globalização e das transformações tecnológicas foram sentidos mais fortemente.

Por exemplo, era comum os departamentos de recursos humanos

contratarem sob indicação de empregado, o qual respondia com seu próprio emprego, não raro, pelos maus serviços prestados por seu indicado. Devido a isso, optava-se por indicar apenas parentes ou amigos próximos. Embora essa prática ainda persista em alguns lugares, os laços que ligam as pessoas de uma mesma empresa já não são tão próximos e pessoais, haja vista a rotatividade de recursos humanos que atualmente acontece em face da precarização do trabalho. Para os empregados em geral, vale mais adquirir experiências em diversos lugares do que manter uma relação de décadas com uma única empresa.

Por isso as mudanças provocadas pelo período atual modificaram tanto a relação entre o ambiente de trabalho e familiar, o que afetou a definição da identidade pessoal e laboral de muitas pessoas. Além disso, há um problema intergeracional em muitas empresas, pois empregados cuja identidade pessoal e organizacional foi formada no período pré-globalização e sem a intervenção de tantas tecnologias digitais enfrentam, frequentemente, dificuldade na interação diária no ambiente laboral com a geração mais jovem que, além de não se espelhar nos valores “tradicionais”, também possui uma personalidade completamente afetada por sua criação em um meio social no qual a internet era uma realidade acessível desde cedo. O modo de pensar e agir das novas gerações é moldado pelo pensamento racional conectado em rede e em que cada indivíduo está muito mais próximo de seus “contatos” do que da identidade operário-indústria-famílias.

Assim, uma nova espécie social apareceu no cenário mundial nos primórdios do século XXI, a qual já vinha se formando no entardecer do século anterior. Esse crepúsculo da “família ao redor da indústria” é gradativamente substituído por modelos mais individualizados e descentralizados de trabalho, resultante da chamada Era da Informação.

Entende-se por Era da Informação e do Conhecimento a configuração de um padrão sócio-técnico-econômico, hoje emergente, em que as atividades humanas estão centralmente baseadas e organizadas em torno das atividades de geração, recuperação e uso de informações e conhecimento (LASTRES; ALBAGLI, 1999, p. 291).

“A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico” (TAKAHASHI, 2000, p. 5).

A própria alteração desse “lugar de trabalho” do operariado, a grande indústria, para um “lugar de consumo” é reflexo nítido da nova organização social denominada informacional. O espaço físico do exercício do trabalho fixava uma série de comportamentos sociais da população ao redor. Formaram-se bairros e centros de formação em técnicas de manuseio das máquinas; o governo local disponibilizou recursos e serviços públicos para estruturar esse modelo de vida social, com regulamentações específicas inclusive. Vários dos clubes recreativos existentes, que representavam quase a única modalidade de lazer oferecida aos operários e suas famílias, pertenciam às indústrias ou a associações vinculadas a estas. Alguns deles fecharam, outros continuam a existir só que em outros moldes. As escolas mantidas pelos serviços de apoio à indústria hoje já não são gratuitas, posto que perderam diversos subsídios públicos e investimentos privados. Elas ministravam, em muitos casos, aulas de teatro e música para os alunos. Logo, com a fragmentação dos vínculos com o trabalho, por sua base econômica

dependente direta do mercado global, houve a fragmentação de outras relações sociais deles dependentes. Nesse ínterim, o trabalhador viu-se submetido a um processo de adaptação forçada. Sua empregabilidade¹ foi dissolvida por valores flexíveis e mutáveis, não raro, cuja finalidade era servir à indústria de conteúdo, à produção de conhecimento. Essa mudança de perfil do operariado alterou sua identidade coletiva. Seu poder de unir-se a iguais para a defesa de sua posição no mercado também sofreu perdas irreparáveis com a dispersão das forças produtivas provocada pela produção em rede. Mesmo localmente, nas fábricas, a divisão do trabalho diversificou-se. Não existe mais uma solidariedade entre as funções especializadas dos indivíduos tão intensamente quanto no passado, pois parte dessas mesmas funções hoje são compartilhadas ou codependentes de atividades efetuadas por máquinas: computadores, controladores e robôs.

E outras mudanças impactaram na vida social, pois: “as transformações provocadas pela tecnociência moderna acabaram, com o tempo, extrapolando o registro das atividades produtivas e, assim, começaram a influir na existência cotidiana” (RÜDIGER, 2013, p. 12). Por exemplo, o trabalho imaterial se expandiu como aglutinação do trabalho manual com o intelectual, valorizando modelos gerenciais. O empreendedorismo cresceu como tentativa de renda das sociedades modernas, especialmente na classe média. A desmaterialização do trabalho pelo consumo virtual, conjugada à propulsão da técnica nos meios de comunicação desenvolveu amplamente facções do setor de serviços vinculadas à produção do conhecimento. Pequenas e médias empresas ampliaram seus negócios, especialmente na área de informática,

1 Como “empregabilidade” se entende a capacidade-expectativa do indivíduo de inserir-se no mercado de trabalho.

mas isso não provocou o crescimento, no Brasil, da mão de obra especializada autônoma.

Diante disso, percebe-se a contração ainda maior que sofre o mercado de trabalho diante da tendência à substituição do empregado formal pelo microempreendedor individual - MEI (empregados chamados de “associados” ou “colaboradores”) adaptado à Era do Conhecimento, o que acirrou o intenso processo de exclusão de inúmeros trabalhadores excedentes e desqualificados do mercado formal. Estes dois desafios, novo perfil das relações de trabalho e aptidão tecnológica, devem ser objeto de políticas públicas de empregabilidade urgentemente, visto que é preciso preservar postos de trabalho e, também, oferecer qualificação profissional. Pode-se, então, afirmar que a economia do conhecimento está, efetivamente, estabelecendo novas bases para as relações de trabalho e essa análise, no caso brasileiro, há de levar em conta não somente o papel do Estado mas, igualmente, o fato de que a empregabilidade tem se concentrado nas pequenas e médias empresas, notadamente por serem:

- a) as maiores empregadoras de mão de obra nacionais (SEBRAE, 2016);
- b) dedicadas ao setor de serviços primordialmente (GARBIN, 2016);
- c) beneficiárias de um sistema mais flexível de produção.

Porém, a realidade social brasileira não permite, ainda, que se tenham expectativas tão otimistas. Existem, sim, grandes veios de empreendedorismo na área de informática, que todavia são de acesso ainda restrito para a maioria da população, insuficientemente qualificada e economicamente distante dos recursos tecnológicos. Além disso, o processo de globalização dos mercados, nesse contexto, impôs ao ritmo do relógio industrial a dinâmica das supervias de dados. O tempo real é

substituído pelo tempo virtual, especialmente quando em atividades de *home office* ou teletrabalho.

A informação transmite-se, renova-se, constrói-se e dura o tempo do clique do mouse, o que nos exige a elaboração de novos critérios de confiabilidade e segurança, assim como o conhecimento via rede mundial de comunicação expande-se em milhares de bits por segundo. E esse processo de mudança social da noção de tempo e de trabalho em decorrência das novas tecnologias, que é denominado como fase dromocrática por Eugênio Trivinho (2005), pode ser extremamente nocivo ao ser humano, configurando verdadeira forma de violência.

O conceito de dromocracia teve, no âmbito das ciências humanas e sociais, a sua gestação e fundação crítica na obra de Paul Virilio. Em *Velocidade e política*, Virilio (1977) lança, senão as bases, ao menos as sinalizações teóricas fundamentais para a compreensão da história e dos processos políticos e sociais pelo prisma do vetor dromológico. *Dromos*, prefixo grego que significa rapidez [...] A velocidade tecnológica, quando urdida em estrutura dinâmica universal, cria, como que de forma endogenamente autônoma, a partir das pressões materiais, simbólicas e imaginárias da organização do trabalho e do lazer, as suas próprias demandas recorrentes. A nova lógica da desigualdade gira em torno do imperativo da *dromoaptidão propriamente cibercultural* [...] como capital simbólico necessário para a manifestação individual, grupal, empresarial e institucional no social em rede (TRIVINHO, 2005, p. 63, 72).

Logo, hoje, já estamos atrasados em aquisição de saber antes mesmo de abrimos os olhos de manhã. E esta socialização da produção

resulta, evidentemente, das atuais relações de consumo desenvolvidas via *web* por meio das quais o consumidor produz: “A transação é o produto.” (LASTRES; ALBAGLI, 1999, p. 278). O setor de prestação de serviços é o que mais cresce na Era do Conhecimento, todavia com uma clara especificidade. Não é qualquer modalidade de serviço, mas, em evidência, aquelas que possam ser produzidas e consumidas via internet, primordialmente. A informatização da linha de produção, dos métodos educacionais e das próprias relações sociais demanda um saber tecnológico específico mesmo para o indivíduo comum (dromoaptidão) e cria, ainda, a expectativa – faticamente ainda não alcançada – de um acréscimo da oferta de vagas no setor de serviços proporcional ao fechamento dos postos de trabalho da indústria convencional, notadamente na construção de “ferramentas” que atendam aos usuários de sistemas computadorizados.

Esse pressuposto de que apenas haveria uma mudança de colocação do operário, transformado em prestador de serviços, é incorreto, contudo. Não há uma “lei” de mercado ou social que possa comprovar essa premissa, tampouco explicar o seu acontecimento enquanto fenômeno social, pois o que na realidade se observa é o aumento das vagas apenas para pessoas extremamente qualificadas nessas novas tecnologias (os especialistas dromoaptos) e com inglês fluente, idioma padrão da sociedade globalizada. Isso significa que, na prática, muitos têm sido os obstáculos reais à implementação do inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “proteção em face da automação, na forma da lei” (BRASIL, 1988).²

2 Em 1984, mesmo antes da Constituição Cidadã (1988), foi criada a Política Nacional de Informática, pela Lei n. 7232, que previa em seu art. 2º o “ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira” (inciso V) e a garantia dos “níveis de emprego na automação dos processos produtivos” (inciso X).

Em decorrência dessa realidade, a infraestrutura de informações tornou-se o ponto central de discussões políticas, em virtude de sua dependência em relação ao novo meio de suporte tecnológico adequado para a sua expansão. Existe, na verdade, uma corrida constante nas áreas de *hardware* e *software* com o intuito de construir um ambiente no qual o conhecimento produzido em rede possa se difundir cada vez mais e com maior velocidade (TRIVINHO, 2005, p. 72). O próprio desejo constante de novidade que caracteriza as relações de consumo pós-modernas, e cresce seu poder de influência sobre o mercado a cada dia, conduz o saber tecnológico e científico a saciá-lo, movimentando um mercado mundial em que o capital é virtual, os relacionamentos são por avatares – o que não implica nenhuma dificuldade em que sirva para ambiente de negócios, haja vista a comunidade virtual *Second Life* – e a legislação do Estado muito pouco ainda consegue regular.

Até que ponto as relações de trabalho podem se deteriorar é também uma preocupação. Mantida a tendência atual, alguns estudos apontam que, no início do novo século, apenas 25% da população economicamente ativa será de trabalhadores permanentes, qualificados e protegidos pela legislação, 25% dos trabalhadores deverão estar nos chamados segmentos informais, poucos qualificados e desprotegidos, assim como 50% dos trabalhadores poderão estar desempregados ou subempregados, em trabalhos sazonais, ocasionais e totalmente desprotegidos pela legislação. Cada vez mais se exige dos trabalhadores contínua atualização e desenvolvimento de habilidades e competências, de modo a atender aos novos requisitos técnico-econômicos e a aumentar sua empregabilidade (TAKAHASHI, 2000, p. 21).

Em seu livro, Lastres e Albagli (1999) ressalta essa problemática da ausência de regulamentação legal e de políticas públicas próprias da nova sociedade informacional. A reorganização dos atores sociais e a reformulação de seus papéis nesse contexto sugere uma nova modalidade de articulação da sociedade civil, posto que o Estado tem seu poder de proteção às prerrogativas dos cidadãos enfraquecido no contexto econômico atual. As organizações não governamentais há certo tempo vêm preenchendo esse espaço, sem contudo evitar críticas profundas a esta ausência governamental quanto ao dever de garantir a satisfação de seus cidadãos em suas necessidades primordiais, entendendo-se estas como “tudo aquilo que interfere, de forma direta ou indireta, no plano de vida da pessoa ou do grupo em relação às suas atividades essenciais, inviabilizando-as ou tornando-as insuficientes” (GUSTIN, 1999, p. 27).

A concentração de capital, a divisão do trabalho maximizada pela competição tecnológica e a divulgação de valores individuais para favorecer o fenômeno do consumo colaboram para a configuração social de uma cultura na qual se tornam fatos comuns a especulação financeira, a flexibilização das relações de emprego e o enfraquecimento dos laços sociais. No campo das relações de trabalho, a competição acirrada divide esforços na busca por verbas como, por exemplo, as dos fundos de amparo ao trabalhador, voltadas à qualificação do operário para o mercado. O empreendedorismo cresce como via de sobrevivência ao fechamento dos postos de trabalhos tradicionais, mas não em ritmo e modelo adequados em virtude do distanciamento da população brasileira em relação ao acesso ao conhecimento. E, considerando-se que o campo da produção imaterial é um dos que mais cresce (MERCADO..., 2016)

– *softwares*, consumo cultural, músicas para *download*, *tags*, *podcasts*, *blogs*, publicidade, e tudo o mais que pode ser consumido enquanto informação – o espaço de atuação do profissional que não domine tais conteúdos reduz-se drasticamente.

Em razão desse quadro, há a necessidade hoje de se criar novas metodologias educacionais para a sociabilidade digital. Infelizmente, constata-se na realidade brasileira um descompasso entre os processos de inovação tecnológica e os de aprendizado sobre essa tecnologia, inviabilizando o acesso ao conhecimento que a própria norma constitucional brasileira determina como imprescindível para a atuação profissional: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII, Constituição da República, de 1988). Este se torna um obstáculo sério à prática empreendedora que se quer implantar no Brasil, seja como saída para o desemprego ou seja como resposta ao desenvolvimento econômico esperado para o novo milênio com respaldo nos art. 3.º e 170 da mesma Carta Magna.

A educação profissional, portanto, necessita ser ampliada por meio de políticas públicas efetivas para a correção desse quadro, não apenas como mecanismo de ingresso no mercado de trabalho formal por meio da adequada qualificação profissional, como dispõem os art. 205 e 214, IV, da Carta Constitucional de 1988, mas principalmente porque, não sendo possível a absorção de toda a mão de obra pelo mercado, é direito do indivíduo a autonomia econômica para empreender com chances de sucesso. Não podemos cometer o mesmo equívoco dos liberais franceses que apenas asseguraram a liberdade formal, sem comprometimento com a materialidade da vida em sociedade.

Considerando isso, podemos dizer que as exclusões digital e econômica são duas grandes frentes de batalha nesse cenário globalizado. O analfabetismo virtual, *verbi gratia*, prejudica a compreensão e interpretação das informações que circulam na rede mundial, bem como o acesso a postos de trabalho mais qualificados. Em razão disso, o indivíduo vê-se tolhido e até impedido de fazer leituras próprias do mundo e da sua realidade local.

Convém distinguir o caso das economias industriais, onde domina o trabalho assalariado, do de outras economias onde domina, ainda em grande escala, o trabalho independente ou informal. De fato, nas sociedades assalariadas que se desenvolveram ao longo do século XX, a partir do modelo industrial, a substituição do trabalho humano pelas máquinas tornou-o cada vez mais imaterial e acentuou o caráter cognitivo das tarefas, mesmo na indústria, assim como a importância dos serviços na atividade econômica. **O futuro dessas economias depende, aliás, da sua capacidade de transformar o progresso dos conhecimentos em inovações geradoras de novas empresas e novos empregos.** Aprender a fazer não pode, pois, continuar a ter o significado simples de preparar alguém para uma tarefa material bem determinada, para fazê-lo participar do fabrico de alguma coisa. Como consequência, as aprendizagens devem evoluir e não podem mais ser consideradas como simples transmissão de práticas mais ou menos rotineiras, embora estas continuem a ter um valor formativo que não é de se desprezar (DELORS, 1998, p. 93, grifo nosso).

Indaga-se, então, se haveria um determinismo tecnológico (AUGUSTO, 2009, p. 311). Estaríamos submetidos a um “maquinismo”

(RÜDIGER, 2013, *passim*) diante do qual caberia ao ser humano apenas se adaptar – ou criar suas próprias alternativas como as comunidades de favelas têm feito?

Infelizmente, da forma como tal processo social está sendo imposto, parece que sim. Essa dinâmica da relação laboral na Era Informacional (ou Digital) parece se delinear cada dia mais fortemente em desfavor do elo mais fraco economicamente, ao mesmo tempo em que valores como democracia e democracia vão, gradativamente, impondo novas diretrizes quanto ao modo pelo qual o trabalho deva ser desempenhado:

As novas tecnologias, ao romperem com a lógica linear requisitando uma lógica pautada na rede hipertextual e no estabelecimento de múltiplas conexões (Lévy, 2000), mostraram que os novos processos de trabalho também reconfiguraram as profissões [...]. Em pouco tempo, o trabalho e sua organização passaram por reformulações profundas que favoreceram a configuração de um novo paradigma respaldado por ideias muito diferenciadas como, por exemplo, a desmaterialização da produção e da prestação de serviços. [...] O *stress* no contexto laboral aparece travestido de estímulo para realização, muito mais do que como sinônimo de doença ocupacional. O discurso recorrente entre os trabalhadores da contemporaneidade concentra ordens para se “administrar” situações estressoras, muito mais do que para eliminá-las, já que tal tarefa se apresenta com hercúlea (KANAN; ARRUDA, 2013, p. 586-589).

2 O DIREITO E A PROTEÇÃO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL

Frente a esse cenário de tentativa espúria de justificar os problemas advindos com o avanço tecnológico desprovido de uma preocupação mais séria com a qualidade do trabalho para o ser humano se observa que a disponibilização das novas tecnologias para os cidadãos exige uma atuação intensa do Estado na regulamentação dos direitos fundamentais: “art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.” (Constituição da República, de 1988). A mera aquisição de *know-how* tecnológico pelo Brasil é insuficiente para sanar essas questões sem estar acompanhada de um grande investimento em políticas públicas na área educacional e em qualificação profissional. É preciso atacar problemas sérios, como a baixa escolaridade da população brasileira, que representa um sério obstáculo à modernização e à inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, posto que na sua maioria estão engajadas em atividades manuais não especializadas, por isso sendo mais severamente atingidas pelo desemprego atual. Então, como aproveitar em funções mais específicas e técnicas operários dos “tempos modernos” chaplinianos? Como evitar que a pressão da competição globalizada e os avanços tecnológicos continuem causando efeitos perversos aos trabalhadores no Brasil?

Esse cenário evidencia o quanto são imprescindíveis políticas públicas específicas que atuem com maior firmeza no sentido de protegerem a empregabilidade (o ingresso e a continuação do posto de trabalho), consoante dispõe a Lei Fundamental de 1988, contra os riscos envolvidos em um processo de automação e, também, de migração do modelo industrial para as tecnologias ligadas à internet e outras da Era Informacional. As medidas protetivas existentes são, ainda, insuficientes para estabelecer essa proteção em decorrência do modo como tem agido

o Estado para solucionar as controvérsias entre indústrias, nova elite econômica ligada à produção digital e empregados. Conforme explica Frúgoli Júnior:

Na esteira da desresponsabilização do Estado e do desmanche das políticas públicas e dos direitos sociais em curso no país ao longo dos anos 1990, o discurso de autonomia popular em relação ao poder público revela alguns impasses. As práticas e experiências de autonomia e de solidariedade dos movimentos sociais encontram, depois de duas décadas, sua face perversa e seu avesso [...] (RIZEK, 2006, p. 399-400).

Essa desresponsabilização do Estado, traço bem característico de políticas econômicas neoliberais, segundo Sônia M. Draibe (1993, p. 97), contribui para agravar a já precária situação dos trabalhadores no mercado globalizado, visto que o neoliberalismo defende a retração da atuação estatal na área dos direitos sociais. Estas políticas, no ensinamento de Teresa Sá (2010), constituem um modelo social permeado de incerteza e de risco, o qual é ainda mais comprometido pela concepção liberal e o fato de muitos segmentos da sociedade perceberem tal situação como um quadro “algo dado” e impassível de mudança. E, assim, inserido neste contexto, o trabalhador passa a ser o responsável pela sua própria empregabilidade, eximindo o estado. Entretanto, como consequência desta concepção liberal, o cenário de desemprego e queda no desenvolvimento permanecem, ante a fragilidade da atuação isolada de cada cidadão.

Os reflexos do progresso tecnológico no mundo do trabalho e a necessidade de adoção de medidas para sua proteção também são alvo de

preocupação dos organismos internacionais. Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na 105ª Conferência Internacional do Trabalho realizada em 2016, em Genebra, editou o Relatório VI que trata sobre a promoção da justiça social numa globalização justa. No documento, esse organismo internacional (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, p. 5) registra a preocupação com os efeitos da tecnologia no campo do trabalho, mas também ressalta as possibilidades por ela trazidas:

O mundo do trabalho encontra-se igualmente em mutação como resultado do rápido progresso tecnológico. A microinformática e as tecnologias de informação, os progressos nos domínios da robótica, *software* e inteligência artificial e a multiplicidade de serviços disponíveis na Internet mudaram o modo de produção e fornecimento de bens e serviços. Estas inovações fortaleceram as ligações entre a indústria transformadora, o setor da agricultura e o setor dos serviços, afetando inevitavelmente a organização do trabalho. Como o desaparecimento de trabalhos rotineiros, têm vindo a aparecer novos empregos na economia do conhecimento, na economia verde e na economia de cuidados, tanto em países em desenvolvimento como industrializados. Segundo as estimativas da OIT, a transição para uma economia mais verde poderá gerar entre 15 a 60 milhões de novos postos de trabalho a nível mundial nas próximas décadas. Os tipos de trabalho relacionados com a digital facilitam a conexão entre trabalhadores e empregadores e oferecem flexibilidade, mas também trazem desafios no sentido de garantir condições de trabalho digno. Sem contratos formais, estas novas modalidades podem implicar horários de trabalho excessivos e proteção social reduzida. Devido à natureza descentralizada destes empregos,

torna-se mais difícil aos trabalhadores organizarem-se e exercerem o seu direito à negociação coletiva (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, p. 5).

Diante das mudanças experimentadas no mercado de trabalho – as quais podem ser verificadas no banco de dados da Organização Internacional do Trabalho – com a criação de novas formas de relação, descentralizadas, dificultando organização do trabalhador em sindicatos, e, também, a atuação destes em busca da sua proteção, torna-se mais clara a necessidade de atuação estatal, não se podendo sucumbir às práticas econômicas neoliberais. Nesse sentido é muito importante, também, a “adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres” que facilitem o acesso dos grupos mais pobres ao conhecimento disponível na internet (BRASIL, 2014), pois por meio deles seria viável ofertar-se cursos de capacitação e instrumentos ágeis de comunicação e inserção digital daquela parcela da população que corre o risco de ser a mais excluída com a globalização atual e com o forte impacto da rápida “evolução” dos meios tecnológicos.

CONCLUSÃO

Como visto, as constantes evoluções pelas quais passaram o mundo do trabalho nos últimos anos foram fortemente influenciadas pela globalização ou mundialização da economia e pelos avanços tecnológicos. Este cenário, com o passar do tempo, sofreu graves mudanças que resultaram no fim da era do pleno emprego e no início da era da informação, marcada pelo surgimento de modelos mais individualizados

e descentralizados de trabalho. Como efeito da globalização mundial, houve o aumento drástico do desemprego, surgindo, então, a necessidade da criação de novas formas de trabalho. Esse fenômeno, porém, obrigou o trabalhador a um processo de adaptação forçada, diante da brusca ruptura com os antigos modelos. Os modelos de produção, agora dotados de tecnologias mais avançadas, sofrem alterações. Algumas funções são completamente absorvidas, outras, passam a ser compartilhadas ou codependentes de atividades efetuadas por máquinas, fomentando o desemprego estrutural. A própria noção do coletivo, que teve papel fundamental na luta dos trabalhadores por seus direitos, se dispersa, diante das novas formas descentralizadas de produção.

A vida social dos trabalhadores também sofre os impactos dessas mudanças. Sua rotina, antes marcada pela realidade da própria indústria onde trabalhava, a qual exercia forte influência, inclusive na comunidade em que inserida, passa a ser pautada na desmaterialização do trabalho pelo consumo virtual. O trabalhador passar a ser o único responsável pela sua empregabilidade, necessitando adaptar-se, rapidamente, à nova realidade. As formas de trabalho também apresentam alterações substanciais. O emprego formal perde espaço para a informalidade e o incentivo ao empreendedorismo cresce, provocando o crescimento da mão de obra especializada autônoma, seguindo a tendência de substituição do empregado pelo microempreendedor individual, também chamado de associado ou colaborador.

Esta tendência, no entanto, só absorve aqueles trabalhadores qualificados, preparados para as novas tecnologias e adaptados ao ambiente globalizado. A democracia exige do indivíduo, cada vez mais, a capacidade de rápida adaptabilidade, capacitação e aquisição de conhecimento, provocando a exclusão daqueles insuficientemente

qualificados. Emerge a necessidade de adoção de medidas protetivas e garantidoras da empregabilidade destes trabalhadores, agora afastados do mercado pelas suas condições. As mudanças no mundo do trabalho, assim como outrora impulsionaram a sua regulamentação, da forma que ainda persiste, necessitam ser novamente avaliadas, para reformulação dos papéis dos atores sociais. Torna-se necessário que o Estado, imbuído do seu poder de proteção às prerrogativas dos cidadãos enfraquecidos no contexto econômico social.

Neste compasso, a adoção de políticas públicas voltadas para a qualificação do profissional, como preceitua a própria Carta Cidadã de 1988, é medida de extrema relevância, tanto para manutenção da empregabilidade do indivíduo, garantindo o acesso aos postos de trabalho existentes, quanto para possibilitar o exercício do empreendedorismo, já que, com a implantação de novas tecnologias, os postos de trabalho tornaram-se insuficientes para absorção de toda a mão-de-obra existente. O próprio incentivo ao empreendedorismo necessita de melhor avaliação para sua prática, com adoção de medidas efetivas garantidoras da inserção do cidadão no cenário globalizado, por intermédio de sua capacitação para atuação na era digital.

É preciso lembrar, ainda, que a descentralização do trabalho retira do trabalhador uma de suas principais forças reativas, a atuação coletiva, o que torna ainda mais necessária uma ação afirmativa por parte do Estado, com o objetivo de garantir os próprios preceitos constitucionais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho. Assim, não obstante a postura de desresponsabilização do Estado marcada pelas políticas econômicas neoliberais, que defendem a retração da atuação estatal na área dos direitos sociais, assiste-se, cada vez mais, a necessidade da adoção de medidas hábeis a reverter o cenário vivenciado pelo mundo

do trabalho na atualidade.

Torna-se imperiosa a revisão das medidas protetivas do trabalho, face a nova realidade da era digital, por meio de uma reanálise integral do contexto atual, abrangendo os contornos do mercado de trabalho formal e todas as novas formas de atuação doravante aplicadas. É preciso formalizar estratégias que garantam a continuidade do crescimento tecnológico, a competitividade nacional no cenário globalizado, com foco, também, na parcela da população despreparada, pouco qualificada e ainda enraizada nos antigos modos de produção.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, André Guimarães. A dessubjetivação do trabalho: o homem como objeto da. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 309-328, maio/ago. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

DELORS, Jacques et al. **Educação: um tesouro a descobrir**. São Paulo: Cortez, 1998.

DRAIBE, Sônia M. As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latinoamericanas. **Revista da USP**, São Paulo, n. 71, p. 86-101, mar./maio 1993.

GARBIN, Daiana. Mercado de TI é um dos setores que não pararam de contratar no Brasil. *GI, Jornal da Globo*, São Paulo, 13 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/02/mercado-de-ti-e-um-dos-setores-que-nao-pararam-de-contratar-no-brasil.html>>. Acesso em: 2 set. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KANAN, Lília Aparecida; ARRUDA, Marina Patrício de. A organização do trabalho na era digital. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 30, n. 4, p. 583-591, 2013.

LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. **Um país chamado favela**: a maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira. São Paulo: Gente, 2014.

MERCADO de TI deve crescer 3% em 2016 no Brasil, aponta estudo da Abes e do IDC. **Época**, Negócios, 06 de junho de 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2016/06/epoca-negocios-mercado-de-ti-deve-crescer-3-em-2016-no-brasil-aponta-estudo-da-abes-e-do-idc.html>>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Promover a Justiça Social**. Genebra, 2016. Relatório VI. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/cit105_relatorio_vi_pt.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

RIZEK, Cibele Saliba. Mutirões autogeridos: construindo e desconstruindo sociabilidades. In: FRÚGOLI JÚNIOR, Heitor; ANDRADE, Luciana Teixeira; PEIXOTO, Fernanda Aréas. **As cidades e seus agentes**: práticas

e representações. São Paulo: EDUSP, 2006. p. 377-401.

RÜDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura: perspectivas, questões e autores**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

SÁ, Teresa. “Precariedade” e “trabalho precário”: consequências sociais da precarização laboral. **Revista de Sociologia Configurações**, Braga, n. 7, 2010. Disponível em: <<http://configuracoes.revues.org/203>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SEBRAE. **Pequenos negócios contratam mais que grandes em 2015**. 2016. Disponível em: <<http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pequenos-negocios-contrataram-mais-que-grandes-em-2015,ef61b85844cb5510VgnVCM1000004c00210aRCRD>> Acesso em: 2 set. 2016.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da Informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, v. 12, n. 28, p. 63-78, 2005.

Como citar: PINTO, Sandra Lúcia Aparecida; SOUZA, Luciana Cristina de. Tecnologia e trabalho na era da informação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.99-124, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p124. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 14/02/2017

Aprovado em 06/09/2017

RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO DE PESSOAS JURÍDICAS: UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DE SEUS MEIOS MAIS EFICIENTES

CREDIT RECOVERY OF LEGAL PERSONS: A PROPOSAL OF REFORMULATION FOR ITS MOST EFFICIENT WAYS

Manuela Brito Câmara*
Lilia Maia de Moraes Sales**

* Mestranda pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada. Email:manuelacamara@hotmail.com.

** Pós-doutora pela Universidade de Columbia (EUA), Bolsista PQ – Conselho Nacional de Pesquisa. Possui formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard, junto ao Program on Negotiation (EUA). É professora titular da Universidade de Fortaleza-UNIFOR, sendo professora permanente dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos/Unifor. Coordena projetos de pesquisas, financiados pelo CNPq, CAPES, FUNCAP e Conselho Nacional de Justiça nas áreas do Direito, mediação e gestão de conflitos voltados para a inovações no sistema de justiça e empoderamento humano. Email: lilia@unifor.br.

Como citar: CAMARA, Manuela Brito; SALES, Lilia Maia Moraes. Recuperação de crédito de pessoas jurídicas: uma proposta de reformulação de seus meios mais eficientes, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.125-157, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p125. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente pesquisa analisa as formas de recuperação de crédito existentes no Estado Democrático Brasileiro, averigua quais desses meios são mais eficazes e mais vantajosos para as sociedades empresárias e propõe uma reformulação na conduta adotada pelas pessoas jurídicas para retomarem os valores inadimplidos por seus compradores. Assim, explora as formas de recuperação de crédito e constata que a negociação e a mediação são os meios mais eficientes para a pessoa jurídica retomar seus créditos. Então, propõe uma reformulação da conduta empreendida pelas

empresas na negociação e na mediação, no resgate de quantias devidas a elas, e faz uma adaptação do instituto da recuperação de crédito às técnicas de resolução consensual de conflitos preconizadas por grandes negociadores como William Ury, Roger Fisher, Bruce Patton, Daniel Shapiro e Stuart Diamond. A metodologia do presente trabalho será descritiva e analítica, com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Recuperação de crédito. Pessoas jurídicas. Reformulação. Meios. Eficientes.

Abstract: This research analyzes means of available credit recovery in Brazil, investigates which types are more efficient and more advantageous for companies and proposes a reformulation of conduct adopted by legal persons in order to take back the amount unpaid by their customers. In this context, this study explores the various ways of credit recovery and understands that negotiation and mediation are more efficient and more advantageous for legal persons to receive their amount due. Furthermore, this paper proposes a reformulation of firms' actions when in negotiation and mediation, and adapts the skills taught by renowned negotiators, e.g. William Ury, Roger Fisher, Bruce Patton, Daniel Shapiro and Stuart Diamond. As for the methodology, this research primarily utilized the descriptive

and analytical method, with literature review.

Keywords: Credit Recovery. Legal Persons. Reformulation. Efficient. Ways.

INTRODUÇÃO

Nas sociedades empresárias, há a perpetração de um vasto fluxo de negócios, que resultam em um feixe de contratos capazes de promover a produção e a circulação de bens e serviços. Desses negócios jurídicos concretizados, tanto com pessoas jurídicas como com pessoas físicas, decorrem créditos para a pessoa jurídica prestadora do serviço ou fornecedora da mercadoria.

Ocorre que, diversas vezes, tais créditos não são adimplidos, o que gera um conflito, de modo que, de um lado há a sociedade empresária que almeja receber seu crédito que não fora quitado, e, de outro, o devedor, que se opõe ao pagamento por diversas razões. Logo, não resta outra alternativa às pessoas jurídicas credoras senão utilizar-se dos meios existentes de recuperação de crédito para que, assim, o débito seja pago, visto que não é profícuo a esta suportar todo o ônus resultante do inadimplemento, mesmo havendo um risco inerente a toda atividade empresarial.

Para resolver as questões oriundas da inadimplência dos credores, as pessoas jurídicas possuem, pelo menos, duas opções: meios judiciais, consistentes nas ações competentes, nas quais há a ingerência do Poder Judiciário e a imposição do seu poder coercitivo; bem como extrajudiciais, quando o conflito será solucionado sem a atuação do poder jurisdicional, utilizando-se, portanto, os procedimentos de conciliação, negociação, mediação e arbitragem.

Os meios de resolução dos conflitos são classificados, ainda, em heterônomos e autônomos, a depender de quem decidirá a contenda. Configura-se uma resolução heterônoma quando um terceiro profere a decisão, englobando-se, nesse contexto, a arbitragem e a jurisdição;

já a autônoma existe quando as próprias partes conflitantes alcançam, consensualmente, uma solução, enquadrando-se no referido tipo a conciliação, a mediação e a negociação.

Por conseguinte, fazem-se os seguintes questionamentos, os quais deverão ser respondidos no decorrer desta pesquisa: Quais são os tipos de recuperação de crédito que são mais vantajosos para as pessoas jurídicas credoras? Como os meios mais vantajosos de recuperação de crédito podem ser reformulados para que haja uma maior eficiência na retomada desses valores?

Nesse viés, a presente pesquisa tem como objetivos analisar a recuperação de crédito, trazendo o conceito desse instituto e explanando a importância do crédito para o Brasil e para as sociedades empresárias credoras; relatar quais são os meios existentes de recuperação de crédito, explicando-os e averiguando quais deles são os mais eficientes para as pessoas jurídicas detentoras do direito creditício; por fim, propor uma reformulação das formas mais eficazes de recuperação de crédito, no desiderato de possibilitar maior êxito na retomada dos valores inadimplidos.

Apresenta-se, desta feita, uma pesquisa doutrinária, ou seja, bibliográfica, por meio de obras que tratam direta e indiretamente do assunto ora abordado; pura, quanto à obtenção de resultados; e qualitativa, quanto à abordagem. Diz-se, ainda, que a pesquisa será descritiva, uma vez que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, e exploratória, pois objetivará aprimorar as ideias através de informações relativas aos meios extrajudiciais de recuperação de crédito de pessoas jurídicas.

Ressalta-se que o presente estudo demonstra-se relevante para evidenciar como a recuperação de crédito é imprescindível para a

economia de um país, bem como para a preservação da função social das empresas. Consta-se, também, a importância desta pesquisa para a obtenção de um aperfeiçoamento das técnicas utilizadas nos meios mais eficazes de resoluções de conflitos concernentes à recuperação de crédito de pessoas jurídicas.

Assim, no desenvolvimento propriamente dito, na consecução dos objetivos do presente artigo, realiza-se uma abordagem acerca do crédito no Brasil, explanando o seu conceito, assim como a definição do instituto da recuperação de crédito. Nessa perspectiva, é demonstrada a importância do crédito para o país como um todo e para as pessoas jurídicas que se utilizam desse instituto, sendo explicitado quais são as implicações que o insucesso da recuperação dessas quantias pode trazer para as sociedades empresárias credoras.

Sucedem-se com a elucidação dos meios existentes de retomada dos valores não pagos às pessoas jurídicas, esclarecendo tanto os meios judiciais, como os meios extrajudiciais de recuperação de crédito, para, em seguida, constatar quais dos métodos apresentados mostram-se como os que concedem melhores resultados.

Em desfecho, traz-se uma proposta de reformulação dos meios mais eficientes de recuperação de crédito, abordando as técnicas de resolução extrajudicial e consensual de conflito e reformulando-as no âmbito do instituto ora estudado, no desiderato de alcançar um maior pagamento por parte dos devedores às pessoas jurídicas credoras.

1 CRÉDITO E RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO DE PESSOAS JURÍDICAS: CONCEITOS E IMPLICAÇÕES

O crédito é toda prestação efetivada através de uma operação

monetária mediante uma contraprestação correspondente futura, o que torna fundamental que o credor confie na solvência do devedor, já que este saldará o débito somente em momento posterior (RIZZARDO, 2003, p. 16).

O direito de crédito, considerado em sentido amplo, que abrange as mais diversas concepções como emissão de títulos de crédito, empréstimos e financiamento, é aquele que é efetivado quando há adimplemento de uma prestação, a qual depende da conduta do sujeito obrigado. Neste sentido, Pietro Perlingiere (2009, p. 203) discorre:

A situação creditória, não tendo uma relação de inerência ou de imanência com uma 'res', se realiza mediante o adimplemento e o alcance do resultado. Característica saliente é o comportamento devido: a prestação. [...] na situação dita creditória o interesse a favor do titular se realiza exclusivamente mediante a atividade, o comportamento do sujeito obrigado. Característica única e central do crédito é a intermediação mediante a prestação.

Como o direito creditício depende da prestação a ser praticada pelo obrigado, há, muitas vezes, o descumprimento do referido direito, o que faz surgir um conflito para que haja a efetivação da obrigação e o crédito seja recuperado. A partir disso, depreende-se o conceito de recuperação de crédito, a qual vem a ser o ato de retomar ou readquirir o valor monetário originário da prestação não realizada pelo coobrigado da relação.

Nesse viés, torna-se importante destacar que a retomada de valores inadimplidos traz implicações na economia do Brasil, haja vista que o mercado de crédito é de suma importância para o setor econômico

de um país, pois o desenvolvimento da economia está estritamente relacionado à ampliação da oferta de crédito (SANT'ANNA; BORÇA JÚNIOR; ARAÚJO, 2009, p. 42).

Referida relevância pode ser demonstrada por meio da relação Crédito/PIB (Produto Interno Bruto), a qual expressa a razão total do crédito em relação ao PIB do país. Segundo dados do Banco Central, essa relação é satisfatoriamente maior em países desenvolvidos, como Holanda, cujo coeficiente no ano de 2013 foi de 179%, do que em países em desenvolvimento, como Brasil, que teve coeficiente de 56% no mesmo ano, conforme demonstra o seguinte gráfico replicado de tabela confeccionada pelo Banco Itaú Unibanco S.A. (2013, p. 13):

Gráfico 1 – Crédito/PIB Mundo (2013).



Fonte: Itaú Unibanco Holding S. A. (2013, p. 10).

No Brasil, em um interregno de 4 (quatro) anos, compreendendo

o período de 2004 a 2008, a relação Crédito/PIB, segundo dados do Banco Central, teve uma elevação de 17,7%, consoante exposto na tabela abaixo, esta réplica de gráfico elaborado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) (SANT'ANNA; BORÇA JÚNIOR; ARAÚJO, 2009, p. 46). Tal dado atesta que o aumento dessa relação, a qual advém da ampliação da oferta de crédito, proporciona um maior desenvolvimento econômico do país:

Gráfico 1 – Evolução da Relação Crédito/PIB no Brasil (2004/2008)



Fonte: Sant'Anna, Borça Júnior e Araújo (2009, p. 46).

Nesse diapasão, compreende-se a razão pela qual as recuperações dos valores creditícios, os quais são consubstanciados em uma prestação oriunda de uma operação monetária, devem se dar de maneira satisfatória e eficaz, já que elas interferirão no sistema econômico do país e, por conseguinte, no crescimento da sociedade.

Afirma-se, ainda, que, além de interferir na economia da nação,

o crédito também traz implicações para as sociedades empresárias que se utilizam desse instituto, haja vista que créditos que são atribuídos a uma pessoa jurídica são produtivos, pois constituem haveres destinados ao investimento da firma, gerando empregos, recolhimento de tributos e lucros (SADDI, 2007).

Assim, entende-se que, à medida que a pessoa jurídica perfectibiliza operações de crédito, como por exemplo, por meio de vendas de bens ou serviços a serem pagos em momento posterior, ela está observando os comandos constitucionais da propriedade privada e da função social da empresa, estes previstos nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988).

Os referidos princípios traduzem a ideia de que o Estado, ao garantir ao proprietário a utilização da propriedade privada, exige que seja cumprida a sua função social, no sentido de que devem as empresas atuar sem causar prejuízos à coletividade e contribuindo para o bem estar da sociedade. Assim, entende Henrique Viana Pereira (2010, p. 72):

Ressalte-se que o princípio da função social da empresa impõe ao empresário o dever de exercer suas atividades em benefício da coletividade e não, meramente, de não o exercer em prejuízo de outrem. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de comportamentos positivos – obrigações de fazer, portanto, e não, apenas, de não fazer – ao empresário.

A função social da empresa, portanto, passa a ser observada quando a pessoa jurídica propicia empregos à população, participa da arrecadação fiscal, por meio do fornecimento de recursos que são

utilizados das mais variadas maneiras na consecução dos interesses da sociedade, e gera lucro, o que faz com que a firma colabore com o progresso da economia, uma vez que todas essas atividades são empreendidas em benefício da coletividade e transcendem o interesse individual da sociedade empresária.

Desse modo, é possível atentar-se para o fato de que, caso as recuperações de crédito não sejam frutíferas, a ordem econômica da pessoa jurídica estará em risco, pois esta terá que suportar todo o ônus do inadimplemento do obrigado na relação creditícia. Desta maneira, quando o volume de créditos devidos à empresa for muito alto, esta poderá ficar impossibilitada de continuar suas atividades, tendo em vista que não irá dispor de recursos para manter seu funcionamento, podendo, por conseguinte, vir a sofrer falência.

Assim, percebe-se que o insucesso na recuperação dos valores em comento e a imputação à empresa de todos os encargos resultante do não pagamento do crédito fazem com que esta procure formas de se precaver em caso de inadimplemento. Como forma de se resguardar, entende-se que as firmas, geralmente, majoram os juros embutidos na operação monetária e ainda ofertam menos crédito, o que faz causar uma redução do crescimento econômico, já que, consoante demonstrado, o crédito possibilita o investimento e a ampliação da sua oferta interfere diretamente no desenvolvimento do país.

Com o insucesso da recuperação de crédito de pessoas jurídicas e a retração na economia em razão da diminuição da oferta desses valores no mercado, percebe-se que o princípio da função social da empresa não será observado, uma vez que esta contração não beneficia a coletividade, mas ao revés, prejudica-a e provoca uma sensação de mal estar nos indivíduos da sociedade. Tais cidadãos sofrerão as diversas

consequências do declínio econômico, como redução de oportunidades de emprego, aumento da inflação, menor recolhimento de tributos pelo Estado e corte de políticas públicas que favoreceriam as comunidades.

Desta feita, constata-se que, como as recuperações de crédito são bastante relevantes para a economia de uma nação, pois beneficiam tanto a pessoa jurídica credora do valor como também os integrantes da sociedade como um todo, elas devem se dar de uma maneira amplamente eficiente. Com isso, visa-se afastar todos os efeitos negativos oriundos do insucesso da retomada das quantias monetárias devidas às empresas detentoras dos direitos creditícios.

2 AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO E A ANÁLISE DE QUAL DESTAS É MAIS EFICIENTE

É possível afirmar que, quando se tem um crédito não adimplido, existe um conflito, em que figurarão, de um lado, a parte credora, que almeja receber o pagamento da dívida, e, de outro, a parte devedora, que não quitou a quantia a qual era obrigada. Daí surge a necessidade de analisar quais são as formas existentes no Estado Democrático Brasileiro de resolução de conflitos e, por ventura, de recuperação de crédito, além de averiguar quais delas são as mais apropriadas e eficientes para a retomada dos valores ora estudados.

Das formas de resolução de disputas, têm-se aquelas que serão judiciais, as quais serão solucionadas pelo Poder Judiciário na qualidade de órgão estatal, enquadrando-se aí a jurisdição; e aquelas que serão extrajudiciais, as quais serão resolvidas por pessoas ou órgãos não vinculados à referida instituição do Estado, compreendo nessa

classificação a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação.

Há, ainda, a classificação que relaciona as resoluções de conflitos como heterônomas, nas quais o conflito será dirimido por um terceiro alheio às partes, podendo-se citar a jurisdição estatal e a arbitragem; assim como resoluções de conflitos autônomas, nas quais a decisão acerca da disputa será resolvida pelas próprias partes conflitantes, em que estas chegarão a um consenso, como ocorre na conciliação, na mediação e na negociação. Apresenta-se, aqui, os possíveis mecanismos para a recuperação de crédito no Brasil: sistema judicial, arbitragem, conciliação, mediação e negociação.

Na recuperação de crédito através da jurisdição, o Poder Judiciário é acionado para declarar o direito creditício do credor e impor o pagamento da dívida ao devedor, o que será perfectibilizado por um juiz com capacidade de jurisdição, a qual lhe foi outorgada pelo Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro, há legislação material e processual acerca do crédito, as quais trazem em seus bojos dispositivos que protegem os direitos dos credores e que preveem meios que viabilizam a recuperação dos valores inadimplidos através da ingerência do Judiciário. Tais formas são materializadas em diversos tipos de ações como Ação de Execução, Ação Monitória, Ação de Cobrança e Habilitação de Crédito em Processos de Falência e de Recuperação Judicial. Além disso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 preconiza, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Há, ainda, no inciso LXXVIII do mesmo artigo, a garantia a todos os indivíduos da razoável duração do processo judicial e administrativo e dos meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Ocorre que, embora haja um aparato legal ensejador da quitação

das obrigações creditícias, o que se tem verificado no cenário deste país é uma enorme dificuldade na recuperação de crédito por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

A morosidade do andamento processual e o alto custo de manutenção de um processo, especialmente, mostram-se como elementos reveladores da ineficiência do Poder Judiciário, que prejudicam a recuperação de créditos das sociedades empresárias e, por conseguinte, afetam o seu desempenho (PINEIRO, 2009, p. 61).

A morosidade é exteriorizada pelo formalismo processual previsto nas normas procedimentais vigentes neste país, sendo este uma das principais causas da ineficiência do Judiciário (SADDI, 2007).

Já a necessidade do pagamento de honorários advocatícios, bem como de custas processuais para ajuizar uma ação e movimentar o processo manifesta o alto custo de manutenção de uma demanda processual, sendo inconveniente à empresa credora, quando já se encontra em prejuízo, arcar com uma voluptuosa quantia para tentar alcançar o pagamento de um débito.

A arbitragem configura outro mecanismo para a recuperação de crédito. Representa procedimento regulado pelas Leis 9.307, de 23 de setembro de 1996, e 13.129, de 26 de maio de 2015, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Esta é concretizada quando um terceiro, escolhido ou aceito pelas partes, denominado árbitro, profere a decisão acerca do conflito e determina que o devedor restitua o valor devido ao credor. Assim, incumbe às partes escolherem um juiz arbitral que seja alheio à causa para garantir a imparcialidade (ROCHA, 2008, p. 112).

Ressalta-se que a sentença arbitral não tem força coativa e, por conseguinte, os árbitros estão impossibilitados de adotar medidas que

forcem o cumprimento da sentença quando esta é inobservada, fato que a difere das sentenças judiciais. Então, quando a decisão proferida pelo árbitro não for cumprida voluntariamente pelas partes, será necessária a ingerência do Poder Judiciário para compelir o cumprimento daquela sentença, de maneira que ela será executada junto ao referido órgão estatal (ROCHA, 2008, p. 112).

No Brasil, existem câmaras arbitrais, que são órgãos privados que contêm árbitros capacitados para resolverem o conflito por meio do processo de arbitragem. Eles são geralmente especializados em áreas determinadas. Desse modo, afirma-se que a arbitragem pode ser empreendida por estas instituições ou também por indivíduos desvinculados a elas (CARMONA, 2012, p. 127).

Apontam-se algumas vantagens no processo da arbitragem – procedimento mais simples, sigiloso, árbitros com conhecimento técnico específico relacionado a matéria envolvida. Apesar das vantagens oriundas do processo arbitral, a pessoa jurídica pode entender que utilizar esse meio resultará em um gasto ainda maior, visto que terá que pagar um valor consideravelmente alto para tentar reaver seu crédito quando já se encontra em prejuízo, igualmente como ocorre na resolução judicial de conflito. Camila Bonin Annunziato (2015, p. 79) aponta que deve haver o pagamento dos honorários do árbitro e das taxas de administração da câmara arbitral quando houver arbitragem realizada por essas instituições, além dos gastos referentes à realização de perícias, notificações e diligências dos árbitros.

Argumenta-se também que a recuperação de crédito poderá ser solucionada através da conciliação, processo no qual há um terceiro escolhido ou aceito pelas partes, que administrará os interesses destas de maneira imparcial e as conduzirá para que firmem um acordo que

satisfaça ambos os lados. O conciliador pode indicar propostas e apontar as vantagens e as desvantagens das proposições sugeridas pelas partes conflitantes, tudo com o desiderato de solucionar o conflito e possibilitar a restituição do crédito. A conciliação se caracteriza por ser um procedimento mais rápido, o qual se perfectibiliza, geralmente, em um único encontro. Este processo é conveniente quando as partes não constituíram um relacionamento considerável no passado e nem pretendem constituir no futuro (SALES; RABELO, 2009, p. 79).

Constata-se, assim, que tal método de resolução de conflito pode ser bastante eficaz para as recuperações de crédito, uma vez que as partes terão um terceiro auxiliando na sugestão de como o débito pode ser pago, propondo parcelamentos e abatimentos e orientando as partes a firmarem um acordo, além do que será mais célere e menos oneroso.

A adversidade na conciliação para a recuperação de crédito de pessoas jurídicas reside no fato deste procedimento não ser indicado para partes que detêm um relacionamento. Essa orientação decorre do fato de que, na conciliação, a forma de intervenção do terceiro (sugerindo soluções, por exemplo) não estimula o aprofundamento do diálogo, o que pode resultar em uma discussão superficial, de forma que, caso exista um conflito real não falado (o conflito que na realidade causa a intranquilidade), este não será encontrado e dirimido. Por esse motivo, a conciliação adequa-se, preferencialmente, a conflitos entre pessoas que não possuam uma relação afetiva e/ou continuada.

Nesse contexto, como já mencionado, o crédito de sociedades empresárias advém de fornecedores e usuários de um bem ou de um serviço, existindo uma relação cliente-fornecedor, a qual geralmente perdura no tempo, de modo que é profícuo à empresa manter um bom relacionamento com seus clientes para que eles voltem a usufruir do que

o estabelecimento oferece. Tal peculiaridade faz com que a conciliação, algumas vezes, não seja o meio mais eficaz na aplicação de retomada de quantias inadimplidas por clientes de pessoas jurídicas.

No mesmo diapasão de resolução consensual e extrajudicial de conflito, aponta-se que a recuperação de crédito poderá ser solucionada pela mediação, na qual há um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, o mediador, que facilitará o diálogo para que as pessoas cheguem a um consenso, não podendo ele interferir no mérito das decisões das partes, nem apresentar sugestões para a querela. O mediador é capacitado com técnicas específicas para estimular a conversa e construir a colaboração na discussão, que possam vir a permitir o consenso. O mediador facilitará o diálogo consistente e estimulará a comunicação colaborativa, ativa, inclusiva, entre as partes, buscando localizar quais os reais pontos de convergência e os respectivos interesses de ambas, para que elas possam, por si próprias, chegar a uma solução (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 290).

A metodologia utilizada pelo mediador estimula o aprofundamento das discussões. Nos conflitos que existem relações continuadas, vínculos afetivos, interesse ou necessidade de continuidade dessas relações, o que as partes discutem inicialmente, em geral, não confere com os conflitos que realmente causaram a insatisfação. Então, tal procedimento é empreendido para reconhecer a contenda e administrá-la adequadamente. Para a consolidação dessa metodologia, o mediador utiliza técnicas como escuta ativa, perguntas abertas, estímulo à empatia, anotações, paráfrases – melhor compreensão, reformulação – aspecto positivo, separação de pessoas dos problemas, concentração nos interesses e valores e não nas posições, estímulo à identificação de ganhos múltiplos, utilização de critérios objetivos quando necessário – objetivar o subjetivo, teste de

realidade, gerenciamento das emoções (SALES, 2010, p. 47-48).

Na mediação, trabalha-se o estímulo à cooperação no diálogo (participativo e inclusivo), ao ganha-ganha entre todos os envolvidos, à percepção do conflito como algo natural, à compreensão das responsabilidades individuais e conjuntas, à empatia (colocar-se no lugar do outro), à construção de múltiplas possíveis soluções e satisfação mútua, que, muitas vezes, fortalecem os vínculos e possibilitam a manutenção ou aprimoramento das relações. Afere-se que tal forma de resolução de disputa pode ser bastante eficiente para a recuperação de crédito de pessoas jurídicas empresariais, tendo em vista que ela possibilitará que o credor e o devedor estabeleçam uma relação colaborativa e viabilizará a realização de novas negociações (fundamental para a empresa e importante para o cliente). Desse modo, a mediação proporcionará a continuidade de práticas comerciais entre as partes anteriormente conflitantes. Destaca-se, também, que tal processo pode ser menos oneroso e mais célere, mostrando-se como uma alternativa eficiente.

Por fim, explica-se sobre a negociação, a qual pode ser considerada em sentido amplo, referindo-se ao procedimento que se vale de técnicas em geral para as soluções consensuais de conflitos, como também pode ser apontada em sentido estrito, referindo-se a uma forma específica de resolução de conflito.

A negociação em sentido estrito é uma forma consensual de resolução de disputas que poderá facilitar a recuperação de valores inadimplidos às pessoas jurídicas credoras, procedimento que não traz um terceiro auxiliador na solução da controvérsia, de modo que as próprias partes conseguem firmar um acordo e resolver a contenda, pois são capazes de dialogar e alcançar um consenso.

Ela é utilizada em várias situações do cotidiano, podendo ser

aplicada antes de estabelecido o conflito (sendo ele mais simples ou complexo), ou posteriormente.

A negociação deve representar a busca pela colaboração. Possui técnicas que se assemelham às técnicas da mediação, mas aqui são desenvolvidas pelas próprias partes. Na negociação, busca-se uma solução consensual, com a observação da necessidade das partes, que ambas devem considerar. Os negociadores devem estar capacitados em técnicas de negociação para alcançar as soluções que permitam a resolução da demanda e, se possível, a preservação da relação. Roger Fisher e Daniel Shapiro (2009) expressam uma metodologia para a negociação que importa em cinco habilidades (afiliação, apreciação, autonomia, status, importância da pessoa na negociação), as quais estimulam as emoções positivas nas pessoas e facilitam a gestão consensual.

Observa-se, assim, que a negociação pode ser também uma forma bastante eficiente para a recuperação de crédito de sociedades empresárias, em que a empresa, por intermédio de seus funcionários ou representante legal, capacitados para essa função, entrará em contato com o devedor e proporá uma negociação da dívida. Além de eficiente, nota-se que ela também é uma forma mais célere, assim como as outras formas autônomas de recuperação crédito e, ainda, pode ser não muito onerosa, já que não será necessária a contratação de um terceiro para auxiliar na retomada do valor.

Desta feita, verifica-se que, diante das formas de recuperação de crédito disponíveis para o credor, a mediação e a negociação mostram-se como os modos mais eficientes para a recuperação, por uma sociedade empresária, de um valor inadimplido, haja vista que são procedimentos mais céleres, com relativo baixo custo ou sem custo algum, além do que, por facilitarem o diálogo, possibilitam a continuidade da relação

da empresa com o cliente, o que é primordial para a pessoa jurídica, já que os consumidores são o engenho de toda empresa.

3 A ADEQUAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

Analisados os meios apontados como mais eficazes de recuperação de crédito, resta necessário discutir sua adequação prática na condução desses procedimentos específicos, uma vez que a retomada dos valores inadimplidos e a possível manutenção/retomada dos vínculos entre empresa e cliente passam a ser o foco central. Ressalta-se que uma abordagem inadequada pode prejudicar o alcance desses objetivos.

Nesse diapasão, afirma-se que, atualmente, há três práticas são muito comuns na cobrança de dívidas e não tem apresentado um resultado eficaz. São elas: ligações telefônicas em horários inadequados, concessão de prazos unilateralmente pré-estabelecidos e uso de constrangimento para pagamento da dívida.

a) Efetuar ligações telefônicas em horários inadequados

Sabe-se que é prática comum das empresas, na tentativa de perfectibilizar uma negociação ou uma mediação, efetuar ligações telefônicas impessoais para cobrar o pagamento da dívida aos seus clientes devedores, de maneira a impor o pagamento imediato do débito. Geralmente, esses contatos são estabelecidos em horários inconvenientes e de formas reiteradas, o que provoca insatisfação aos inadimplentes, tendo em vista que eles, muitas vezes, entendem ser inconveniente o recebimento de diversas ligações ao longo do dia até

que a dívida seja quitada e, por isso, opõem-se ao pagamento do débito.

b) Concessão de curtos prazos pré-estabelecidos para adimplemento da dívida

As empresas, muitas vezes, pelo volume de demandas, ao efetuarem as cobranças, concedem unilateralmente curtos prazos pré-estabelecidos para que haja o adimplemento do débito. Não há discussão ou a situação real do devedor não é levada em consideração para o estabelecimento de prazos mais adequados e eficazes para o adimplemento. Muitos credores podem ter interesse de quitar a dívida, mas, sem uma negociação dos prazos para pagamento, torna-se inviável.

c) Utilização de mecanismos de constrangimento ou ameaças

Muitas vezes, o credor utiliza-se, já em um primeiro momento, de argumentos que constroem o cliente como inserção do nome do devedor em órgãos de restrição de crédito e/ou o ajuizamento de demanda judicial para o crédito ser reavido por meio do Poder Judiciário, o que estimula uma maior indisposição no devedor e faz que este repudie o contato.

Essas medidas apontadas, muitas vezes causam intranquilidade e insatisfação nas pessoas e estimulam reações negativas, dificultando a comunicação e a solução para o problema e, conseqüentemente, a recuperação do crédito. Em estudo sobre negociação e mediação, depreendem-se sete pontos importantes que, se observados, podem vir a facilitar a comunicação entre as partes e a consecução de possíveis acordos.

1) Empatia com o cliente

Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2014, p. 45), ao tratarem sobre as técnicas de negociação em sentido amplo, as quais poderão ser utilizadas nas formas consensuais de resolução de conflito para empreender um acordo, afirmam que as partes devem colocar-se no lugar das outras (empatia) para entenderem o ponto de vista de cada uma delas.

A partir disso, depreende-se o primeiro ponto a ser trabalhado na adequação de tais técnicas às recuperações de créditos de sociedades empresárias: antes das pessoas jurídicas credoras efetuarem ligações em horários desagradáveis, deveriam refletir qual o momento seria mais adequado para realizarem as cobranças de cada devedor específico, por meio da avaliação de seus perfis. Imperiosa, desta feita, a utilização do bom senso para constatar que ligações efetuadas constantemente fora do horário comercial e aos finais de semana são perturbadoras e invasivas. Há, no mercado brasileiro, empresas, como a Aspect, especializadas em traçar o perfil dos devedores para que o processo de recuperação de crédito seja mais eficiente por meio de um planejamento de cobrança personalizado para cada inadimplente (PORTAL CRÉDITO E COBRANÇA, 2013).

Além disso, é importante destacar que o envio de cartas, antes de ser estabelecido qualquer contato telefônico, no desiderato de cientificar o devedor da dívida, concedendo-lhe um prazo razoável para entrar em contato com o estabelecimento e informando-lhe quais as consequências decorrentes do inadimplemento, sem um tom de ameaça, mostra-se como uma forma de respeitar a autonomia do devedor para contatar a empresa e propor o pagamento. Roger Fisher e Daniel Shapiro (2009, p. 85), ao também argumentarem sobre a negociação em sentido amplo, coadunam com tal proposição, aduzindo que, antes de tomar uma

decisão, a outra parte conflitante deve ser consultada e cientificada para que tenha a liberdade de concordar ou não com a medida.

2) Fazer uma oferta positiva para a resolução do conflito é mais eficaz que uma ameaça

O segundo ponto que merece destaque concerne às ameaças efetuadas pela sociedade empresária credora. Ameaças no sentido de inserir o nome dos devedores em cadastro de inadimplentes ou de ajuizar ações para compelir judicialmente a quitação da dívida na forma imposta não são tão eficientes em uma negociação ou em uma mediação. Fisher, Ury e Patton (2014, p. 88) explicitam que fazer uma oferta positiva para a resolução do conflito é mais eficaz que uma ameaça, devendo ser apontadas as consequências oriundas do não firmamento de um acordo, bem como os benefícios em função da transação. Deve sempre ser relatado que as propostas podem ser ajustadas ou melhoradas para que as partes fiquem satisfeitas e cheguem em uma composição amigável.

3) Ofertas iniciais de acordo mais próximas da oferta final

O terceiro aspecto a ser empreendido é que, quando da apresentação de ofertas pela pessoa jurídica, seja por meio de reuniões, ligações telefônicas ou via postal, não é interessante propor inicialmente valores muito acima da oferta final, pois tal prática macula a reputação da empresa para negociações e mediações futuras, de modo que, quando houver uma próxima tentativa de resolução consensual de conflito, a parte devedora identificará a conduta da sociedade empresária de baixar em demasia a oferta e passará a aceitar somente ofertas de pequeno valor, o que retiraria a credibilidade das proposições da pessoa jurídica. Stuart Diamond (2012, p. 147) preconiza que a prática supracitada

é manipuladora e que, tão logo que a parte contrária a perceba, terá emoções negativas a respeito do ofertante, fato que provocará uma diminuição na confiança e dificultará a consecução de um acordo. Assim, entende-se que as empresas credoras, ao fazerem propostas para a quitação da dívida, não devem se distanciar muito do seu limite de negociação.

4) Conciliação entre os interesses da empresa e do devedor

Ressalta-se que Fisher, Ury e Patton (2014, p. 57) argumentam que, para haver uma solução adequada e eficaz do conflito, é indispensável que haja uma conciliação dos interesses e possibilidades de ambas as partes. A empresa que busca recuperar o crédito deve levar em consideração a situação concreta e real do devedor e, se possível considerá-la de fato, na negociação, para a tomada de decisão. Cita-se, como exemplo, o interesse de uma empresa credora de receber, em meados do mês de julho de determinado ano, uma quantia devida a ela, para que possa pagar o 13º salário dos seus funcionários ao final do ano, e, por outro lado, o interesse e possibilidade do devedor de pagar o débito somente após o decurso de um prazo considerável, em razão de já estar comprometido financeiramente com o pagamento de um tratamento de saúde do seu filho. Neste caso, para que haja um acordo e ambas as partes fiquem satisfeitas, é necessário que o credor compreenda que há o real interesse do devedor em quitar a dívida, mas que sua situação concreta só o permite pagar 6 (seis) meses depois da cobrança efetiva. A empresa, por sua vez, que começou a cobrar no meio do ano com o fito de formar fundos para pagar 13º salário dos funcionários, encontra ponto de convergência com o interesse do devedor. Assim, refletir qual o real interesse e possibilidade real de cada parte é primordial para uma

composição amigável, pois a partir daí é que serão identificados os interesses comuns entre o devedor e o credor.

5) Criar várias opções de vantagens atuais e futuras para a solução do problema

É com base no reconhecimento dos interesses das partes conflitantes que Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2009, p. 82) afirmam que, em uma tentativa de resolução de conflito, é primordial que sejam criadas opções que proporcionem ganhos mútuos para ambos os lados. Entende-se que, nas recuperações de crédito, as sociedades empresárias credoras devem empreender na formulação de várias propostas que compreendam a realidade do devedor e que, muitas vezes, concedam vantagens caso haja a quitação da dívida. Nesta senda, é perspicaz o oferecimento, ao inadimplente, de descontos para o montante atual do débito e benefícios exclusivos para serem usufruídos nas próximas compras no estabelecimento. Como exemplo de vantagem futura concedida ao devedor, ressalta-se o oferecimento de descontos nos produtos ou bens adquiridos posteriormente e o convertimento de percentual do valor pago em milhas aéreas caso haja o pagamento do débito.

Já como um exemplo real de concessão de vantagem atual ao devedor, suscita-se a empreendida pela empresa concessionária de energia elétrica do Ceará, a ENEL, antes denominada COELCE. Esta, em alguns meses do ano, realiza “feirões” de negociação, nos quais ela oferece ao inadimplente política diferenciada de pagamento e propõe a quitação da dívida sem juros e de maneira parcelada, mediante o pagamento de uma entrada reduzida. A forma do parcelamento, geralmente, depende das condições específicas de cada cliente. Nesse caso, o devedor tem a

vantagem atual de regularizar suas dívidas ao pagar o débito de modo diferenciado e benéfico, com descontos.

No ano de 2015, nos meses de julho a novembro, a Enel efetuou dois “feirões” com as aludidas condições e registrou a consecução de 12.258 (doze mil, duzentos e cinquenta e oito) negociações com parcelamentos das dívidas (COELCE..., 2016). Já em março de 2016, a referida empresa efetivou um outro “feirão” e realizou 11.750 (onze mil, setecentos e cinquenta) negociações com parcelamentos dos débitos de seus devedores (ENEL..., 2016). Tais números demonstram a eficiência que esta técnica de concessão de vantagens pode trazer às recuperações de crédito de pessoas jurídicas empresariais.

6) Inovar sobre as possibilidades de quitação da dívida

Nas recuperações de crédito, poderão ser criadas e oferecidas novas opções de pagamento que não se restrinjam à pecúnia, sugerindo-se, dessa forma, uma troca de bens que possuam valores diferentes para cada uma das partes, consoante o que afirma Stuart Diamond (2012, p. 162). Há, então, um sexto aspecto primordial às recuperações de crédito por intermédio da negociação e da mediação. Propõe-se, assim, como uma forma de pagar o débito, que o devedor ofereça bem ou serviço que satisfaça aos interesses da empresa credora, podendo tal proposta ser amplamente utilizada nos casos que o inadimplente é uma empresa, já que esta irá dispor de determinado bem ou serviço para ofertar como pagamento.

Como exemplo¹ da sugestão supramencionada, relata-se o caso do inadimplemento de um cheque emitido por uma empresa fabricante

¹ O conflito ora transcrito trata-se de caso real trabalhado em escritório de advocacia de uma das autoras.

de sofás e estofados como forma de pagamento a uma sociedade de publicidade que elaborou o marketing daquela primeira firma. Quando apresentado o título na agência bancária para a compensação, verificou-se a frustração do pagamento por insuficiência de saldo, surgindo o crédito para a pessoa jurídica fornecedora de publicidade. Em uma tentativa de negociação, a empresa devedora poderia sugerir que o pagamento da dívida fosse efetuado com o fornecimento de sofás, pois seria mais vantajoso para ela e, assim, ao perceber que os assentos do seu estabelecimento estavam se deteriorando, a pessoa jurídica credora aceitaria a oferta, ocasionando a recuperação do crédito e a resolução do conflito com a observância dos anseios de ambas as partes.

7) O reconhecimento do devedor como parceiro

Fisher e Shapiro (2009, p. 61) entendem que, em uma resolução consensual de conflitos, é necessário que seja promovida a afiliação², em que se deve tornar o adversário um parceiro, tratando-o como colega e reconhecendo os possíveis vínculos existentes entre as partes (o cliente confiou na empresa ao adquirir um produto – isso deve ser resgatado, sempre que possível). Tal prática possibilitará a aproximação do credor e devedor, como também futuras parcerias a partir do momento em que for verificado que ambos os lados possam ter interesses comuns.

Neste ponto, remete-se ao caso do pagamento efetuado por intermédio do fornecimento do sofá e verifica-se que a conciliação de interesses entre as partes possibilita a afiliação e construção de vínculos entre elas. Denota-se, portanto, que a conduta de satisfazer o interesse das

2 A afiliação diz respeito ao estabelecimento de conexão com a outra parte, em que há uma aproximação das pessoas por haver uma identidade de interesses. Tais interesses não precisam estar diretamente relacionados ao conflito para haver a afiliação, podendo, por exemplo, existir apenas uma sintonia no gosto musical (FISHER, SHAPIRO, 2009, p. 61).

partes conflitantes com o reconhecimento de seus pontos convergentes as alia e faz com que elas construam relações duradouras, permitindo continuar o relacionamento entre aquele determinado consumidor e a empresa fornecedora, o que é de fundamental importância para as sociedades empresárias.

Ressalta-se que atualmente as empresas, no intuito de recuperar o crédito, buscam valer-se da tecnologia como facilitador desse processo. A inovação tecnológica é importante e traz vantagens de ganho de escala na resolução dos problemas. Imprescindível frisar que, na implementação de tecnologias para facilitação da recuperação de crédito, é primordial a observância às premissas retromencionadas, pois a tecnologia otimizará o resultado. Exemplos³ nesse sentido são as negociações *online* oferecidos pelas empresas, onde os devedores são convidados a negociações mais simples, com várias opções de soluções e com a possibilidade de atendimento pessoal caso haja necessidade de customização do acordo, bem como aplicativos que facilitam o encontro entre os negociadores (representante das empresas e devedores).

Diante do exposto, percebe-se que é essencial uma reformulação conceitual e prática das técnicas utilizadas na recuperação de crédito por meio da negociação e da mediação, sendo imprescindível, consoante o demonstrado, que a retomada dos montantes não pagos às pessoas jurídicas seja cada vez mais eficaz. Visa-se, conseqüentemente, possibilitar o desenvolvimento econômico do país e a preservação da função social das empresas credoras.

CONCLUSÃO

3 Serviços de negociação *online* da Caixa Econômica Federal (<http://www.caixa.gov.br/voce/credito-financiamento/renegociacao-dividas/Paginas/default.aspx>) e Caso da empresa Liderança com o aplicativo *Altitude Door to Door* (<http://www.altitudesoft.com.br/sobre-nos/centro-de-noticias/articles/liderana-recebe-prmio-de-inovao-em-cobranas-com-soluo-mvel-da-altitude/2403>).

A presente pesquisa teve como objetivo a análise da recuperação de crédito, bem como da importância do crédito para o Brasil, para as sociedades empresárias credoras, buscando encontrar mecanismos de solução de conflitos eficazes para a recuperação de crédito com o fito de possibilitar maior êxito na retomada dos valores inadimplidos.

Depois de uma breve análise sobre os vários mecanismos de solução de conflitos dispostos no Brasil e as especificidades dos problemas que envolvem a recuperação de crédito, sugeriu-se a negociação e a mediação como mecanismos mais adequados e eficazes para o êxito na recuperação do crédito de pessoas jurídicas empresárias.

Para que as empresas se adaptem ao modelo da mediação e da negociação, estas necessitam de uma reformulação profunda na sua forma tradicional de cobrança. Propôs-se, assim, uma inovação na conduta perpetrada pelas pessoas jurídicas ao efetuarem as cobranças de seus devedores como: com o estímulo à empatia (colocar-se no lugar do outro para a elaboração do processo de tomada de decisão), de perceber o devedor como cliente e parceiro, de não constranger ou fazer ameaças para compelir o firmamento de um acordo, de conciliar os interesses de ambas as partes para que haja ganhos múltiplos para elas e de criar várias opções de pagamento da dívida.

Apontou-se que a inovação tecnológica voltada para as recuperações extrajudiciais de crédito, com base nas premissas suscitadas nesta pesquisa, podem viabilizar um maior sucesso na resolução do conflito com a respectiva retomada do valor inadimplido.

Conclui-se, a partir do raciocínio apresentado, que, como o instituto da recuperação de crédito é fundamental para o desenvolvimento da economia de qualquer país, além de que é imprescindível para a manutenção da ordem econômica e da função social das empresas, os

métodos de retomada pelas pessoas jurídicas dos valores inadimplidos devem ser reformulados em seus conceitos e em suas práticas para que possibilitem uma maior efetividade na recuperação dessas quantias e, desse modo, proporcionem o progresso da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANNUNZIATO, Camila Bonin. **Análise de crédito: concessão e gerência de empréstimo**. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídicas Empresariais) - Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa. 2015. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/15181/1/Annunziato_2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Negociação de dívidas**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/voce/credito-financiamento/renegociacao-dividas/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELCE realiza feirão para negociar dívidas no Ceará. **G1 Ceará**, 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/02/coelce-realiza-feirao-para-negociar-dividas-no-ceara.html>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

DIAMOND, Stuart. **Consiga o que você quer: as 12 estratégias que vão fazer de você um negociador competente em qualquer situação**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

ENEL distribuição Ceará prorroga feirão de negociação. *GI Ceará*, 13 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/12/enel-distribuicao-ceara-prorroga-feirao-de-negociacao.html>>. Acesso em: 4 jun. 2017

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da razão**: a força da emoção na solução de conflitos. Tradução de Arão Sapiro. Rio de Janeiro: Imago, 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Tradução de Ricardo Vasques Vieira, Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A. **Apresentação Institucional**. Nov. 2013. Disponível em: <https://www.itau.com.br/_arquivosstaticos/RI/pdf/pt/apresinstitucional.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais; Renovar, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. In: CASTELAR, Armando (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54-75.

PORTAL CRÉDITO E COBRANÇA. **É importante conhecer o cliente**. 2013. Disponível em: <<http://www.portalcreditecobranca.com.br/tecnologia/50340/e-importante-conhecer-o-cliente!/ler.aspx>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: RT,

2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem**: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**: uma análise de direito e economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro, GZ, 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso; FEITOSA, Gustavo Raposo. Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 30, n. 58, p. 281-296, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p281/13615>>. Acesso em: 16 out .2016.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 16 out. 2016.

SANT'ANNA, André Albuquerque; BORÇA JÚNIOR, Gilberto Rodrigues; ARAÚJO, Pedro Quaresma de. Mercado de crédito no Brasil: evolução recente e o papel do BNDES (2004-2008). **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 31, p. 41-60, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3102.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

Como citar: CAMARA, Manuela Brito; SALES, Lilia Maia Moraes. Recuperação de crédito de pessoas jurídicas: uma proposta de

reformulação de seus meios mais eficientes, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.125-157, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p125. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 14/02/2017

Aceito em 06/09/2017

DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES À LUZ DAS ALTERAÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

DISSOLUTION OF COMPANIES IN LIGHT OF THE CHANGES BROUGHT ON BY THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015

Leticia Lobato Anicet Lisboa*
Leonardo da Silva Sant'Anna**

* O correto é ficar na seguinte ordem: Mestre e Doutoranda em direito de empresa e atividades econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. Email: leticialalisboa@yahoo.com.br

** Doutor em Ciências pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Email: lsantanna44@gmail.com

Como citar: LISBOA, Leticia Lobato Anicet, SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Dissolução das sociedades à luz das alterações previstas no Código de Processo Civil de 2015. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.158-188, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p158. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar as alterações promovidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 no que tange à dissolução de sociedades. Desta forma, inicialmente serão apontadas as causas de dissolução de sociedades à luz do Código Civil de 2002. Por conseguinte, serão analisados os aspectos processuais de dissolução de sociedades estabelecidos pelo Código de Processo Civil de 1973 e Código de Processo Civil de 1939, ambos revogados pelo novo diploma processual. Ao final, serão observados os novos procedimentos

processuais da dissolução de sociedades, à luz do Código de Processo Civil de 2015, especialmente o procedimento de dissolução parcial de sociedades, ali regulamentado. O método utilizado para o trabalho foi dedutivo, a pesquisa realizada foi de caráter documental e envolveu a análise de legislação, além de estudos doutrinários, jurisprudenciais e exame de artigos em periódicos.

Palavras-Chave: Dissolução. Código de processo civil. Direito societário. Direito processual.

Abstract: The purpose of this paper is to present the changes introduced by Law n. 13,105 (Brazilian Code of Civil Procedure), of March 16th, 2015, specifically in regards to the dissolution of companies. Originally, the causes of dissolution can be found in the Brazilian Civil Code of 2002. In spite of that, this study analyzes the procedural aspects of a company's dissolution previously established by the Civil Procedure Code of 1973 and Civil Procedure Code of 1939 – both repealed by the 2015 procedural code. In summary, this new law has various requirements, which has to be observed, even in the case of a company's partial dissolution. This research utilized the deductive method and literature review, with the use of legislation, books, case studies and other research papers.

Keywords: Dissolution. Civil procedure code. Corporate law. Procedural law.

INTRODUÇÃO

A dissolução de sociedades trata-se da fase de desconstrução do vínculo societário, com a retirada, falecimento ou exclusão de um ou mais sócios, no caso de uma dissolução parcial, ou ainda com a extinção da sociedade e da sua personalidade jurídica, nas hipóteses de dissolução total.

Deste modo, a dissolução total de sociedades foi positivada pelo Código Comercial de 1850, e pelos diplomas posteriores, sendo certo que sua formalização se dá por causas de pleno direito ou judiciais, quando há a necessidade de decretação judicial da dissolução total.

Por outro lado, a dissolução parcial foi objeto de construção pretoriana e doutrinária, com base nos princípios de preservação da empresa e função social, levando-se em consideração que a vontade de um ou mais sócios, não deve prevalecer sobre os interesses metaindividuais da sociedade em geral, ou seja, consumidores, fornecedores, funcionários, entre outros.

O Código Civil de 2002 instituiu a resolução da sociedade em relação a um sócio, nas hipóteses de morte do sócio, exercício de direito de retirada e exclusão pelos demais sócios, sendo necessária a apuração de haveres para liquidação da respectiva quota-parte.

Sob esta ótica, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973) determinou, através da manutenção do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939), os procedimentos especiais da dissolução total e liquidação da sociedade.

Contudo, a referida legislação foi revogada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que passou a

vigorar a partir de 16 de março de 2016, e instituiu a Ação de Dissolução Parcial de Sociedades como procedimento especial, conforme será visto adiante.

O primeiro capítulo tem como objetivo específico apresentar causas que geram a dissolução de sociedades previstas no Código Civil, analisando os conceitos de dissolução total e parcial.

Por conseguinte, o segundo capítulo apresentará os procedimentos para dissolução total e parcial previstos na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), com foco no procedimento especial de dissolução total previsto no Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939).

O terceiro capítulo, por fim abordará os novos procedimentos para dissolução das sociedades, previstos no Código de Processo Civil de 2015, especialmente com relação ao procedimento especial da ação de dissolução parcial de sociedades, novidade introduzida pelo diploma processual.

1 OS FUNDAMENTOS ACERCA DA DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES CONFORME AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A dissolução parcial de sociedades a é resolução da Sociedade em relação a um ou mais sócios, levando a liquidação da sua quota-parte no capital social. Sérgio Campinho (CAMPINHO, 2014, p. 124) se utilizando da nomenclatura expressa no Código Civil de 2002, trata da dissolução parcial como a resolução da sociedade em relação a um sócio, conforme este informa:

O Código Civil, incorporando conceito já assente

na doutrina e consagrado na jurisprudência, prevê, de forma expressa, a figura da dissolução parcial da sociedade, nas hipóteses de retirada, exclusão ou morte do sócio.

Esta disciplina é feita sob a nomenclatura “da resolução da sociedade em relação a um sócio”.

[...] Preferiu o Código fazer o uso desta nova expressão, em substituição à clássica dissolução parcial da sociedade. Quando aborda o tema dissolução, o faz sob a ótica da dissolução total da sociedade, como se deduz da Seção IV, do Capítulo I, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II.

Na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, prevalecia a teoria contratualista, que privilegiava a vontade dos sócios sobre o interesse institucional, existindo tão apenas a modalidade de dissolução total, de pleno direito ou judicial conforme elucida Rubens Requião (REQUIÃO, 2012, p. 410):

O Código Comercial regulou a dissolução das sociedades comerciais sob o império da doutrina individualista que dominava o pensamento jurídico no século XIX. O instituto da dissolução da sociedade tinha por precípua finalidade proporcionar a libertação do sócio de seus compromissos sociais. Esse era o supremo princípio que ditou a elaboração da Seção VIII do Título XV do antigo diploma imperial, inspirada no *Code de Commerce* de 1807, que se transpôs para o nosso, facilitando a dissolução da sociedade em hipóteses que atualmente o direito somente conceberia para a despedida ou exclusão de sócio. Naquele sistema predominante, duas formas de dissolução existiam: a dissolução de

pleno direito e a dissolução judicial. Catalogou o art. 335 a primeira forma, ao declarar que se reputam dissolvidas as sociedades: “1) expirando o prazo ajustado da sua duração; 2) por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios; 3) por mútuo consenso de todos os sócios; 4) pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem; 5) por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado”. Assim, ocorrendo um desses eventos pretendia o Código que estivesse dissolvida de pleno direito a sociedade, que continuaria somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas.

Neste sentido, foi ganhando espaço os princípios da preservação e da função social da empresa, logo, os Tribunais passam a entender que alguns sócios não podem impor sua vontade em dissolver a sociedade, sobre a vontade dos demais.

A jurisprudência e doutrina¹ então passaram a adotar o instituto

1 Cf. a seguinte Ementa: Ação de dissolução de sociedade cumulada com apuração de haveres. Sociedade limitada. Procedimento bifásico. Artigo 1.218, VII, do CPC. Primeira fase que garante ao sócio dissidente o exercício do seu direito potestativo de recesso. Incidência dos artigos 1.029, 1.031 a 1.033 do CC. Sociedade familiar constituída entre pai e filha. Alegação da autora de que após ter conhecimento da má administração realizada por seu genitor, buscou auxiliá-lo, mas, no entanto, não conseguiu participar das decisões sociais. Em defesa, os réus afirmam que a dissolução trará prejuízos à sociedade, destacando que a situação financeira da pessoa jurídica foi prejudicada pela própria demandante que adquiriu dois veículos para uso pessoal, em nome da sociedade, cujo contrato foi anulado por sentença transitada em julgado. Pedido inicial fundamentado na quebra da *affectio societatis*. Aferição de culpa que é desinfluyente para o resultado da demanda. Falta de razoabilidade no alegado cerceamento de defesa, uma vez que ninguém é obrigado a manter-se vinculado, sem que subsista tal ânimo. Sociedade limitada constituída *intuitu personae*. Pedido de dissolução da sociedade acolhido pela sentença. Razões de apelação confusas, mas que deixam entrever o desejo do sócio remanescente de continuar com a atividade empresarial desenvolvida. Princípios da função social dos contratos e da preservação da empresa. Benefícios coletivos que transcendem à vontade dos sócios. Direito da sócia minoritária resguardado na medida em que lhe é garantida sua retirada, com a consequente apuração de seus haveres. Conturbada e lamentável relação entre os sócios. Eventual prejuízo da pessoa jurídica, que não impede a liquidação da cota-parte a que tem direito a autora. Recurso a que se dá parcial provimento (BRASIL, 2012).

da dissolução parcial no intuito de preservar a atividade econômica, tendo como exemplo a decisão abaixo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinou a manutenção da sociedade, pela vontade do sócio remanescente, em razão da função social dos contratos e preservação da empresa, até que a resolução da sociedade em relação a um sócio foi tipificada pela edição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A dissolução parcial tem fundamento no princípio da preservação da empresa e função social, e visa evitar a dissolução total e liquidação quando há quebra da *affectio societatis*. Cumpre salientar, que parte da doutrina² era contrária à nomenclatura dissolução parcial, considerando que o Código Civil de 2002, trata na Seção V, do Capítulo I, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II, expressamente da “Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio”.

Deste modo, o princípio da preservação da empresa reconhece que em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.

As hipóteses de dissolução parcial de sociedade, contemplam: (i) morte do sócio; (ii) direito de retirada; e (iii) a exclusão do sócio.

A morte do sócio está prevista no art. 1.028 do Código Civil, e determina que nesta hipótese a quota será liquidada, como será visto posteriormente.

Este dispositivo apenas será aplicado à sociedade limitada se o

2 Conforme Rubens Requião, o Prof. Hernani Estrella, não se conformava com essa linguagem. Porém o uso tornou a denominação corrente, especialmente nas decisões judiciais e na doutrina (ESTRELLA, 1948 apud REQUIÃO, 2012, p. 320).

contrato social for omissis e não prever a cláusula de regência supletiva pela Lei das S.A.

Além disso, não ocorrerá a liquidação da quota, quando os demais sócios optarem por dissolver a sociedade totalmente, e no caso de substituição do sócio falecido pelos herdeiros, conforme art. 1.028³ do Código Civil (BRASIL, 2002).

O Direito de Retirada do sócio, previsto no art. 1.029⁴ do Código Civil, significa sua saída voluntária. Portanto, trata-se de um direito potestativo do sócio. É o direito potestativo do sócio de se retirar da sociedade. A sociedade deve, portanto, proceder à liquidação da quota, não podendo se recusar à retirada, considerando que a retirada é uma saída voluntária do sócio. Dele é a iniciativa de se retirar da sociedade.

O sócio, conforme art. 1.029 do Código Civil, poderá se retirar da sociedade, quando de prazo indeterminado, mediante a notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Caso o contrato social seja de prazo determinado, o sócio para exercer seu direito de retirada, deverá provar judicialmente justa causa.

Não obstante as determinações do art. 1.029 do Código Civil, este deve ser analisado em conjunto com a norma prevista do Art. 1.077 do Código Civil⁵ que determina que quando ocorrer fusão, incorporação ou modificação do contrato social, o sócio que dissentiu possuirá o direito

3 Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I - se o contrato dispuser diferentemente; II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido. (BRASIL, 2002).

4 Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade. (BRASIL, 2002).

5 Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031. (BRASIL, 2002).

de retirar-se da sociedade no período de 30 (trinta) dias após a reunião, quando será realizada a liquidação da quota, conforme procedimento descrito nos próximos capítulos.

Deste modo, o direito de retirada do sócio, embora seja um direito potestativo, não pode ser manifestado a qualquer tempo, conforme a vontade do sócio. De acordo com o art. 1.077, ele tem um prazo de 30 (trinta) dias para exercer esse direito, nas hipóteses de alteração societária. Em quaisquer outros casos, pelo art. 1.029, ele tem um prazo de 60 (sessenta) dias, caso o contrato social seja de prazo indeterminado.

Caso seja negado o direito de retirada ou se forem estabelecidas condições sem amparo na lei para que este se retire, o sócio deve ingressar em juízo com uma ação pedindo que o juiz reconheça seu direito de retirada e que proceda à liquidação da quota.

A exclusão do sócio, trata-se de uma saída compulsória do sócio. Os demais sócios deliberam pela exclusão do mesmo. O art. 1.085⁶ do Código Civil, constante do capítulo de sociedades limitadas, trata da exclusão do sócio pela forma extrajudicial, mas faz expressa remissão ao art. 1.030⁷, ou seja, da forma judicial, razão pela qual devem ser vistos como complementares.

Neste sentido, a exclusão extrajudicial do sócio está prevista no art. 1.085, e pressupõe que ocorrerá sempre em relação a sócios minoritários. Ou seja, não se admite a aplicação do art. 1.085 para excluir

6 Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2002).

7 Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único (exclusão de sócio remisso), pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. (BRASIL, 2002).

sócio majoritário.

A exclusão do sócio deve ser deliberada em reunião ou assembleia. Nos termos do parágrafo único do art. 1.085, a reunião ou assembleia tem que ser específica, isto é, realizada apenas para deliberar a exclusão do sócio, tendo sido este convocado, em tempo hábil, para participar e exercer o direito de contraditório. A decisão deve ser tomada pela maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social.

O ato deve ser motivado, contudo, a lei é subjetiva e estabelece que apenas o sócio poderá ser excluído, quando os demais entenderem que este realizou “atos de inegável gravidade que estão pondo em risco a continuidade da empresa”. Entretanto, o contrato social deve expressamente prever a exclusão do sócio por justa causa.

A falta de qualquer desses requisitos, previstos no parágrafo único e caput do art. 1.085, pode ensejar a anulação da deliberação. Deliberada a exclusão, deve-se promover a alteração contratual e proceder à liquidação da quota do sócio excluído (art. 1.086 c/c art. 1.031). Justamente por isso não se permite que o sócio majoritário seja excluído, pois a sociedade não teria como arcar com a liquidação da quota.

Conforme visto anteriormente, o art. 1.085 cita como exceção, a exclusão judicial de sócio, mediante iniciativa da maioria, que pode ocorrer nas hipóteses de falta grave no cumprimento das obrigações; e incapacidade superveniente. Embora a lei admita a continuidade da empresa pelo sócio incapaz, que a exercia enquanto capaz, na forma do caput do art. 974⁸ do Código Civil, os demais sócios podem não querer que o incapaz continue na sociedade, devendo nesta hipótese ajuizar ação

8 Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. (BRASIL, 2002).

de dissolução parcial. Contudo, há uma divisão doutrinária sobre o critério para contabilizar a maioria dos sócios para exclusão judicial do sócio.

Por uma primeira interpretação, o critério utilizado para contabilizar a iniciativa é o por cabeça – per capita – segundo o qual cada sócio equivale a um voto. Portanto, os sócios minoritários poderiam excluir o sócio majoritário.

Conforme a segunda interpretação, a maioria dos demais sócios deve ser entendida como maioria do capital social, no sentido do art. 1010, §1º, do CC, pelo que os sócios minoritários não poderiam excluir o sócio majoritário.

Por outro lado, a Dissolução Total ocorre quando a sociedade se resolve como um todo encerrando a consecução de seu objeto e abrindo caminho para sua liquidação, conforme elucida Sérgio Campinho (CAMPINHO, 2014, p. 132):

A dissolução da sociedade consiste na verificação de uma causa que desencadeará o processo de extinção da pessoa jurídica, adquirida a partir do registro de seu ato constitutivo. Verificada a causa dissolutória, engrena-se a liquidação do ativo da sociedade para o consequente pagamento do passivo social, procedendo-se, em sequência, à partilha do acervo remanescente entre os sócios. Ultimada a fase de liquidação com a partilha, a sociedade estará extinta.

As hipóteses de dissolução total são caracterizadas como de pleno direito, cujas causas geram automaticamente a dissolução da sociedade, independentemente de decretação judicial, ou judiciais, que importam na obrigatoriedade de ajuizamento de ações, para promoção da dissolução total. Estas hipóteses de estão previstas no art. 1.033

do Código Civil, sem prejuízo de outras previstas no Contrato Social, conforme enuncia o art. 1.035⁹. Da mesma forma, a Lei de Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/76), traz as hipóteses de dissolução de pleno direito em espelhamento aos arts. 1.033 e 1.035 do Código Civil.

Importante recordar que as sociedades contratuais também serão dissolvidas totalmente quando for a vontade dos sócios remanescentes no caso de morte ou retirada de um ou mais sócios nos termos do art. 1.028, II e 1.029, parágrafo único do Código Civil.

O art. 1.033 do Código Civil prevê nos seus incisos as seguintes hipóteses de dissolução total de pleno direito: (i) vencimento do prazo de duração da sociedade; (ii) consenso unânime dos sócios; (iii) deliberação dos sócios, por maioria absoluta; (iv) falta de pluralidade dos sócios, não reconstituída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias; e (v) extinção de autorização para funcionar.

O vencimento do prazo de duração da sociedade importará em dissolução total de pleno direito, exceto se após o vencimento a sociedade não entrar em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado. Trata-se de dissolução de pleno direito, pois independe de decretação judicial, e independe de novo ato pelos sócios.

No regime anterior não se previa a prorrogação do contrato após o vencimento do prazo (art. 35, IV, Lei 8934/94)¹⁰. Com o advento do Código Civil de 2002 a ausência de oposição e a continuação da atividade social implicam automaticamente a prorrogação do contrato social por prazo indeterminado. (Art. 1.033, I do Código Civil).

A segunda e terceiras hipóteses de dissolução total de pleno

9 Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas. (BRASIL, 2002).

10 Art. 1.399. Dissolve-se sociedade: I- Pelo implemento da condição, a que foi subordinada a sua durabilidade, ou pelo vencimento do prazo estabelecido no contrato. [...] (BRASIL, 2002).

direito da sociedade, podem ser resumidas como dissolução total por vontade dos sócios, que abrangem o consenso unânime dos sócios e deliberação dos sócios por maioria absoluta. Esta circunstância independe de ser a sociedade por prazo determinado e indeterminado.

Em caso de Sociedade Limitada a dissolução por deliberação depende de aprovação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social, conforme disciplinam os arts. 1.071, IV, e 1.076, I do Código Civil. Quando houver o consentimento de todos para resolver a sociedade, liquidar o patrimônio comum e extinguir a pessoa jurídica, essa dissolução pode ser efetivada antes do prazo determinado para o fim da sociedade. Contudo, no caso de sociedade de prazo indeterminado, a maioria absoluta poderá deliberar para a extinção da pessoa jurídica.

Fabio Ulhôa Coelho (2012a, p. 351), afirma ainda que a jurisprudência tem reconhecido, à luz do princípio da preservação da empresa, que um único sócio, ainda que minoritário, tem o direito de continuar a sociedade – admitindo nela pelo menos mais um outro sócio.

A jurisprudência, contudo, é assente no sentido de que, havendo oposição de um único sócio à dissolução da sociedade, esta não deve ser decretada. Em razão do princípio da preservação da empresa, o sócio renitente tem o direito de conservar a sociedade, desde que se reembolsem as quotas dos demais e, no prazo de 180 dias, consiga-se atrair para o negócio pelo menos mais um interessado (evitando a dissolução por unipessoalidade).

Em se tratando de sociedade anônima, esse tipo de dissolução é discutido em assembleia geral extraordinária¹¹ (BRASIL, 1976), conforme

11 Art. 206. Dissolve-se a companhia: [...] c) por deliberação da assembleia-geral (art. 136, X) [...]. (BRASIL, 1976).

estipula a legislação, sendo necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se não for exigido quórum maior pelo estatuto social (art. 136, X, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das S.A.).

A unipessoalidade é causa de dissolução quando a sociedade se reduz a apenas um sócio, ou seja, todas as cotas representativas do capital social de sociedade contratual forem reunidas sob a titularidade de uma só pessoa, física ou jurídica.

Conforme dispõe o art. 1.033, IV, do CC, é assegurado um prazo de 180 (cento e oitenta) para que seja reconstruída a pluralidade dos sócios. Decorrido este prazo, sem a admissão de novos sócios, a sociedade se dissolve e entra em liquidação. Neste sentido, Fabio Ulhôa Coelho (2012a, p. 352) esclarece que, na sociedade limitada a pluralidade dos sócios deve ser restaurada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o evento da unipessoalidade, independente de reunião ou assembleia.

Caso não se encontre pessoa para associar-se, o sócio remanescente pode promover a transformação do registro da sociedade para empresário individual, ou EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

Ainda, caso não ocorra liquidação e atos de encerramento da sociedade pelo único sócio, e esta permaneça operando, será configurada sociedade irregular com a responsabilidade ilimitada do sócio. Corroborando com este entendimento, Fábio Ulhôa Coelho (2012a, p. 352):

Na sociedade limitada, a pluralidade de sócios deve ser restabelecida no prazo de 180 dias seguintes ao evento que produziu a unipessoalidade (isto é, a concentração de todas as quotas sob a titularidade de uma só pessoa física ou jurídica), independentemente

das assembleias ou reuniões dos sócios (CC, art. 1.033, IV). Nesse mesmo prazo, se não encontrar ninguém com quem deseja se associar, para restabelecer a pluripessoalidade, o sócio remanescente pode evitar a dissolução procedendo à transformação do registro da sociedade em registro de empresário individual, ou de EIRELI (art. 1.033, parágrafo único). Vencido o lapso legal de sobrevivência sem a adoção dessas providências (a admissão de pelo menos mais um sócio, ou, sendo limitada a sociedade que se tornou unipessoal, pela transformação do seu registro), dissolve-se a sociedade empresária. Por outro lado, se o sócio único deixa de promover a liquidação e os atos de encerramento da pessoa jurídica, e continua esta operando, configura-se a situação de sociedade irregular. Ele passa, então, a ter responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais.

Com relação à Sociedade Anônima o artigo 206, I, d prevê que se dissolve a companhia “pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte”, exceto na hipótese de se tratar de sociedade subsidiária integral que tem como único acionista a sociedade brasileira (art. 251).

Por conseguinte, a extinção da autorização pode causar a dissolução total de pleno direito, especialmente para as sociedades sujeitas a autorização do governo, por exemplo bancos e seguradoras (art. 206, I, e, Lei das S.A., e art. 1.033, V, Código Civil).

Em continuidade, as hipóteses de dissolução total judicial, ou seja, com necessidade de decretação judicial, estão previstas no art. 1.034 do CC que engloba as seguintes causas, mediante requerimento de qualquer dos sócios: (i) anulação da constituição; e (ii) exaurimento

ou inexecuibilidade do fim social.

Frise-se que além das causas apresentadas nos artigos 1.034 e 1.033 do Código Civil, a sociedade pode ser dissolvida por outras causas previstas no contrato social, causas específicas, que venham a se relacionar com especialidades dos negócios ou até mesmo com a vontade dos sócios (art. 1.035 do Código Civil).

A anulação da constituição da sociedade é resultado dos casos de nulidade relativa ou nulidade de pleno direito da constituição da sociedade que podem gerar sua dissolução total.

Segundo Gladston Mamede (2015, p. 88), “a sentença que defere a anulação ou que declara a nulidade terá efeito de ato jurídico de dissolução, sendo que sua execução será liquidação da sociedade, concluindo-se como a extinção de sua personalidade jurídica”.

Outrossim, o exaurimento ou inexecuibilidade do fim social ocorre quando a sociedade não mais completar seu fim social ou estiver praticando atividades em desacordo com a legislação pertinente, poderá ser dissolvida judicialmente.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho o exaurimento do fim social é quando a “a sociedade é contratada exclusivamente para realizar uma determinada obra, operação ou serviço. Uma vez atendido o seu objetivo determinado, não há mais razão para continuar a pessoa jurídica” (2012b, p. 804). Por outro lado, de acordo com o referido autor, a inexecuibilidade do objeto social tem por exemplos a inexistência de mercado para o produto ou serviço fornecido pela sociedade, ou seja, a falta de interesse dos consumidores; a insuficiência do capital social para produzir ou circular o bem ou serviço referido como objeto no contrato social; e a grave desinteligência entre sócios que impossibilite a continuidade de negócios comuns (COELHO, 2012b, p. 804-805).

Gladston Mamede (2015, p. 88) informa que a sociedade se dissolve por iniciativa dos sócios ou através de ação civil pública quando o objeto social se tornar ilícito diante da lei posterior ou quando a lei determinar a dissolução de determinadas sociedades.

Diante da legislação das sociedades anônimas, a causa de dissolução pela inexecutabilidade do objeto social é classificada como judicial, sendo que, é legítimo para o pedido o acionista titular, com no mínimo 5% (cinco por cento) do capital social (art. 206, II, b, Lei das S.A.).

Por fim, a falência também é uma causa de dissolução total judicial, na forma dos arts. 1.044, 1.046, 1.087 do Código Civil e 206, II, c da Lei das S.A. O tema não foi incluído no art. 1.033 do Código Civil, uma vez que este último está inserido no capítulo de Sociedade Simples Pura, de natureza não empresária, e, portanto, não sujeita à falência, diferentemente da Sociedade em nome coletivo (Art. 1.044), em comandita simples (Art. 1.046) e limitada (Art. 1.087).

2 OS PROCEDIMENTOS DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES, À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

As hipóteses de dissolução, total de pleno direito ou parcial, não dependem de provimento jurisdicional. Isto pois, as hipóteses de dissolução total de pleno direito admitem liquidação administrativa extrajudicial.

Apenas, quando não se operar consenso entre os sócios, a liquidação será promovida em juízo. Entretanto, a liquidação em juízo sempre se efetivará nas hipóteses de dissolução total judicial.

O art. 1.111 do Código Civil determina *in verbis* que “no caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual”,

remetendo a liquidação ao Código de Processo Civil de 1973.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 determinou no art. 1.218 (BRASIL, 1973)¹² que continuariam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939, em especial a dissolução e liquidação das sociedades, cujos procedimentos estavam previstos nos arts. 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1939. Com tal entendimento, corrobora Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 2014, p. 579):

Rege-se pelos arts. 655 a 674 do CPC/1939 o procedimento especial da dissolução e liquidação das sociedades.

[...] A extinção do ente chamado sociedade, dotado de personalidade jurídica própria, chama-se - na forma dos arts. 1.033 e seguintes do Código Civil - dissolução. Como já se disse em boa doutrina, com a dissolução encerra-se a fase ativa da sociedade, que, a partir daí, entra em liquidação, que é uma espécie de preparação para a morte. Há alguns casos, previstos no art. 1.033 e seguintes do Código Civil, em que a sociedade se dissolve de pleno direito, isto é independentemente de pronunciamento judicial. Nas hipóteses previstas no art. 1.034 do Código Civil, porém, a dissolução da sociedade é judicial, só ocorrendo com o trânsito em julgado da sentença que se profere no procedimento especial[...].

Na forma do art. 1.111 do CC combinado c/ 1.218, VII do CPC/73, o Código de Processo Civil de 1939 regulamentou o

12 Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: [...] VII - à dissolução e liquidação das sociedades (arts. 655 a 674); [...]. (BRASIL, 1973).

procedimento especial da dissolução total e liquidação. Neste sentido, o procedimento especial da dissolução total judicial até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, estabelecia que o requerimento poderia ser feito por qualquer interessado.

A contestação era apresentada em 48 horas quando tratava-se de causa de dissolução de pleno direito, ou 5 (cinco) dias quando depende de provimento jurisdicional.

O juiz declararia a dissolvida a sociedade (quando a dissolução fosse de pleno direito na forma do art. 655), ou decretará a dissolução (quando contenciosa e dependente de decisão judicial), e desde logo nomearia o liquidante.

Nomeado o liquidante, este assinaria em 48 (quarenta e oito) horas o termo, e não o fazendo, o juiz nomearia o segundo imediato em votos, ou terceiro estranho, se por ele também recusada a nomeação.

Não dispondo o Contrato Social sobre quem deveria ser o liquidante, seria designada assembleia judicial de sócios, nos termos do art. 1.112 do Código Civil, aprovando-se por maioria absoluta na forma do art. 657 § 1º do CPC/39, salvo em Sociedade Limitada e Anônima, quando a aprovação se daria por maioria simples nos termos do art. 1.071, VII e 1.076, III do CC e art. 129 da Lei das S/A. Em caso de empate caberia ao juiz nomear terceiro estranho para o cargo (art. 657 §2º, CPC/39).

No curso do processo, enquanto não fosse nomeado o liquidante, seria possível o sequestro de bens (art. 659 CPC/39) quando houvesse receio fundado de rixa, crime, extravio ou danificação de bens sociais. Tal medida se molda ao procedimento cautelar do art. 273 §7º do CPC/73, e ao sequestro do art. 822 do CPC/73.

O procedimento do CPC/39, por força do art. 1.218, VII do CPC/73, somente não se aplicaria às hipóteses de dissolução total

de sociedade não personificada (Arts. 673 CPC/73 e 986 do CC) e de sociedade anônima (art. 674 CPC/39), cuja dissolução desafia o procedimento ordinário. Quanto à anônima, não contestado o pedido, a liquidação observará o disposto no procedimento especial do CPC/39.

Ultrapassada a análise dos procedimentos do Código de Processo Civil de 1973 para a dissolução total, passa-se a análise dos respectivos procedimentos para a dissolução parcial.

Quando a resolução da sociedade em relação a um sócio (dissolução parcial) se opera de pleno direito, a apuração de haveres poderá ser feita administrativamente, por via extrajudicial. Na hipótese de não haver consenso na apuração de haveres será judicial.

A Súmula 265 do Supremo Tribunal Federal determina que “na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido ou que se retirou”. Por outro lado, na hipótese de dissolução parcial judicial da sociedade, tanto a apuração de haveres, quanto a liquidação é judicial.

No Códigos de Processo Civil de 1973, e no Código de Processo Civil de 1939 não havia previsão acerca do procedimento da dissolução parcial. O art. 668 do CPC/39 dispôs que se a morte ou retirada do sócio não causarem a dissolução total, serão apurados exclusivamente os haveres do sócio falecido ou retirante.

Naquele tempo havia uma discussão se a norma contida no art. 668 do CPC/39 seria material ou heterotópica (material e processual). No caso de norma material, a apuração de haveres observaria o procedimento ordinário. No caso de norma heterotópica seria observado o procedimento especial de dissolução total do CPC/39.

De acordo com o entendimento jurisprudencial do Superior

Tribunal de Justiça, pacificado no julgamento do RESP 1.139.593/SC¹³, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o procedimento a ser seguido é o rito ordinário, diante da inexistência à época de regras objetivas sobre a dissolução parcial de sociedades.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PEDIDO E IMPOSSIBILIDADE DE SUA DEDUÇÃO A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. INOCORRÊNCIA. RITO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECIAL. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO. NULIDADE AFASTADA.

1. Ação de apuração de haveres ajuizada em 21/7/2005. Recurso especial concluso ao Gabinete em 3/9/2009. 2. Demanda em que se discute a existência de violação de julgamento extra petita decorrente da declaração de dissolução parcial de sociedade em ação de apuração de haveres, bem como prazo prescricional e o rito procedimental aplicáveis à ação. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A ausência de pedido expresso, bem como de causa de pedir que permita deduzi-lo, impede a declaração da dissolução parcial da empresa, situação de fato já consolidada, por ofender o princípio da adstrição e importar em julgamento extra petita. 5. Aplica-se às ações de apuração de haveres o prazo prescricional decenal, por ausência de regra específica. 6. A apuração de haveres decorrente de dissolução parcial não é regulada especificamente por lei, portanto

13 Cf. Brasil (2014).

a própria dissolução parcial representa criação doutrinária e jurisprudencial, aos poucos incorporada no direito posto. 7. Diante da inexistência de regras objetivas, aplica-se o procedimento ordinário à ação de apuração de haveres – ação de natureza eminentemente condenatória. 8. Apesar da aplicação de rito especial de forma indevida, deve-se analisar a nulidade a partir das lentes da economia processual, efetividade, respeito ao contraditório e ausência de prejuízo concreto. 9. Recurso especial parcialmente provido.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PARA A DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES.

Em relação à dissolução total de sociedades à luz do Código de Processo Civil de 2015, importa notar que este, na forma de seu art. 1.046 revogou a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973).

A partir de sua vigência tornam-se inaplicáveis os procedimentos especiais da Lei 5.869/1973 que incluem o procedimento especial de dissolução e liquidação de sociedades, em que serão aplicados o procedimento comum.

Não há no novo diploma processual quaisquer procedimentos especiais que regulamentem a dissolução total judicial de sociedades.

O art. 1.049 do Código de Processo Civil de 2015 determina que “sempre que a Lei remeter a procedimento específico previsto na Lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código”. Portanto, conforme o referido artigo, combinado com o art. 1.111 do Código Civil e art. 209, parágrafo único

da Lei 6.404/1976, podemos concluir que a dissolução total quando judicializada, passa a observar o procedimento comum previsto nos arts. 318 a 512 do Código de Processo Civil de 2015, não mais se aplicando o procedimento especial do Código de Processo Civil de 1939, conforme afirma Pablo Gonçalves (GONÇALVES, 2015):

Com a esperada vigência do novo CPC, fica expressamente revogada a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73).

[..] A partir de sua vigência, tornam-se inaplicáveis os procedimentos especiais do CPC/39 que até então mantinham sua vigência por força do Art. 1.218 do CPC/73, o que inclui o procedimento especial de dissolução e liquidação de sociedades, para o que, salvo expressa previsão do novo Código, será aplicado o procedimento comum, como determina o parágrafo terceiro do Art. 1.046, CPC/15.

Dessa forma, a dissolução total de sociedade, quando judicializada, passará a observar o procedimento comum previsto na Lei. 13.105/15, não mais se aplicando o procedimento especial previsto no CPC/39 (art. 1.218, VII, CPC/73). Soma-se, ainda, o fato de que o Art. 1.049 da referida Lei afirma que “sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código”, e os Art. 1.111 do Código Civil e 209, parágrafo único, da L. 6.404/76 fazem essa exata referência.

A dissolução parcial das sociedades passa a ter procedimento especial no Código de Processo Civil de 2015, no capítulo V, denominado da ação de dissolução parcial de sociedade. O referido diploma apresenta justamente a expressão “Ação de dissolução parcial”, conflitando com

o Código Civil de 2002 que versa sobre a “resolução da sociedade em relação a um sócio”. Desta forma, com a regulamentação da ação de dissolução parcial, como procedimento especial do novo código de processo civil, os questionamentos doutrinários acerca da invalidade da espécie dissolução parcial de sociedades tiveram um amparo legal, porém não deixaram de ser questionados. Entretanto, a dissolução parcial é uma realidade, e seu procedimento deve ser seguido.

Deve ser ressaltado que sob atual e pertinente perspectivas de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Allan Turano (2016, p. 90) a escolha desta denominação não foi adequada, uma vez que o Código Civil já se manifestou materialmente sobre tal questão, tratando da resolução da sociedade em relação a um sócio:

Ação de dissolução parcial é o *nomen iuris* do procedimento adequado para a tutela judicial da resolução da sociedade em relação ao sócio, atribuído pelo CPC/2015.

A escolha dessa denominação pelo legislador não foi a mais apropriada. Inicialmente, já se discutiu sobre a atecnia da expressão dissolução parcial. Adicionalmente, desde a edição do Código Civil de 2002 não há que se utilizar do termo, uma vez que a matéria é hoje regulada, no plano material, pelo instituto da resolução sociedade em relação ao sócio.

O art. 599¹⁴ do referido instrumento (BRASIL, 2015) delimita o objeto da ação à resolução da sociedade em relação um sócio e/ou apuração de haveres. Nos casos em que a dissolução parcial se opera

14 Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto: I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou III - somente a resolução ou a apuração de haveres. [...] (BRASIL, 2015).

independentemente de provimento judicial, a demanda versará apenas sobre a apuração de haveres, nas hipóteses de resolução que dependa de ação, será de dissolução e apuração de haveres.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Allan Turano (2016, p. 93) elucida que “a natureza da ação é distinta em cada hipótese, podendo ser declaratória, desconstitutiva, declaratória-condenatória ou desconstitutiva-condenatória. A natureza da ação, portanto, está diretamente ligada ao direito material”.

Sob esta ótica, por exemplo, no caso de sócio que tenha exercido seu direito de retirada, e ingresse com a ação de dissolução parcial, com intuito apenas de resolução em relação a si, o procedimento terá natureza declaratória. Todavia, caso o autor tenha formulado também pedido de apuração de haveres, o procedimento terá natureza declaratória-condenatória. Conforme afirmam os referidos autores (ALVES; TURANO, 2016, p. 94), a ação apenas de apuração de haveres também possui esta natureza porque “é pressuposto para que o juízo condene a sociedade a efetuar o reembolso, a declaração do direito do sócio ao recebimento do valor de sua participação societária”.

A ação possuirá natureza desconstitutiva, no caso de exclusão do sócio por atos de inegável gravidade, quando os efeitos serão produzidos a partir do trânsito em julgado. Considerando que o sócio excluído é o verdadeiro interessado da apuração de haveres, não há necessidade do autor da ação solicitar este pedido. O juiz não poderá de ofício determinar a condenação, pois os sócios podem acordar sobre o reembolso, podendo fazê-lo extrajudicialmente. Contudo, no caso de divergência entre os sócios, o autor pode formular cumulativamente os pedidos, ou ainda, o réu poderá em contestação apresentar pedido contraposto, requerendo subsidiariamente a apuração de haveres, tratando-se tais hipóteses de

ações com natureza desconstitutiva-condenatória.

Importa notar que o art. 599, I, limita a ação de dissolução parcial apenas à sociedade contratual. Contudo o parágrafo segundo do art. 599 (BRASIL, 2015) admite a ação de dissolução parcial para a sociedade anônima de capital fechado quando solicitado por acionista(s) que representem 5% ou mais do capital social, que não pode preencher seu fim.

Como visto anteriormente, a Lei nº 6.404 de 1976 prevê no art. 206, II, b que quando a sociedade anônima não atinge seu fim, uma minoria ativa formada por acionistas que representem ao menos 5% (cinco por cento) do capital social pode propor a dissolução total judicial da sociedade e não a dissolução parcial.

Neste sentido, o Código de Processo Civil representa um avanço no direito societário, na medida em que tal disposição é compatível com os princípios de preservação e função social da empresa.

O prazo para apresentação da contestação, estabelecido no procedimento especial, é de 15 dias, do sócio e sociedade. Todavia, a sociedade não será citada se todos os sócios o forem (Art. 601 e parágrafo único do art. 601 do CPC de 2015).

Além disso, o diploma prevê que é cabível pedido de indenização pela sociedade, compensável com valores dos haveres a apurar (art. 602 do CPC/2015).

Havendo concordância das partes com a dissolução o juiz a decretará, passando-se à fase de apuração de haveres. Porém, havendo contestação, observar-se-à o procedimento comum na ação de dissolução parcial, na forma do art. 603, §2º do CPC de 2015.

O procedimento de apuração de haveres na dissolução parcial está previsto no art. 604 e seguintes do CPC de 2015.

O juiz fixará a data de resolução da sociedade, que poderá ser: (i) a data do óbito, no caso de falecimento do sócio; (ii) em caso de retirada imotivada, o 60º (sexagésimo) dia seguinte ao recebimento pela sociedade da notificação do sócio dissidente; (iii) na hipótese de recesso, o dia de recebimento pela sociedade da notificação do sócio dissidente; (iv) nas causas de dissolução judicial, o trânsito em julgado da decisão que a dissolver; e (v) na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou reunião dos sócios que a deliberou.

Por conseguinte, o juiz definirá o critério de apuração de haveres, nomeará o perito e determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos, podendo o ex-sócio, espólio ou sucessores desde logo, levantarem o depósito.

Na hipótese de o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa. Entretanto, em caso de omissão do contrato social o juiz definirá como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo a ser apurado de igual forma.

A data de resolução e o critério de apuração de haveres podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia.

Importante notar que o valor da liquidação não poderá ser o valor das quotas disposto no contrato social, ou nos últimos balanços, mas no verdadeiro valor da participação societária, avaliado mediante balanço específico para tanto, conforme assevera Gladston Mamede (2015, p. 88):

Com a retirada do sócio, em qualquer das hipóteses acima listadas, faz-se necessário liquidar sua quota ou quotas da sociedade. Essa liquidação não se faz pelo reembolso do valor das quotas segundo o contrato social, nem com base no último balanço social, mas como base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado, salvo disposição contratual em contrário (art. 1.301 do Código Civil), desde que legitimamente estatuída; com efeito, é essencial que não haja abusos e que o pagamento se faça pelo valor real da participação societária.

Uma vez apurados os haveres ao sócio retirante serão pagos na forma do contrato social ou, no silêncio, na forma do §2º do art. 1.031 do Código Civil, que determina que a quota liquidada será paga em dinheiro no prazo de 90 (noventa) dias a partir da liquidação.

CONCLUSÃO

Podemos dividir as causas de dissolução, de acordo com o Código Civil, pelas suas consequências, sendo certo que a dissolução parcial pressupõe a manutenção da sociedade e de sua personalidade jurídica, com a saída de um ou mais sócios e a respectiva liquidação de suas quotas, e a dissolução total por sua vez levará à extinção completa da sociedade, e sua personalidade jurídica.

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973) determinou que continuariam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939), concernentes a dissolução e liquidação das sociedades (art. 1.218, VII

do CPC/73).

Deste modo, o Código de Processo Civil de 1939 regulamentou, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o procedimento especial de dissolução de sociedades.

Importa notar que o referido diploma apenas disciplinou a dissolução total de sociedades, e respectiva liquidação, ambos como procedimentos especiais.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que passou a vigorar a partir de 16 de março de 2016, positivou a Ação de Dissolução Parcial de Sociedades como procedimento especial, e, revogou a Lei 5.869 de 1973, assim como todos os procedimentos especiais previstos no Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

Neste sentido, as divergências doutrinárias acerca da dissolução parcial que antes era tratada expressamente como resolução da sociedade em relação a um dos sócios, na forma do Código Civil de 2002, permanecem, em razão da atecnia da nomenclatura.

Pelo exposto, a dissolução parcial de sociedades, e liquidação da quota do sócio falecido, retirado ou excluído, passam a ser reguladas pelo procedimento especial específico do Código de Processo Civil de 2015, enquanto a dissolução total de sociedades deverá seguir o procedimento comum do novo código.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. **A resolução da sociedade em relação a um sócio e a ação de dissolução parcial**. Curitiba: Juruá, 2016.

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/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 20ª Câmara Cível. **Apelação cível nº 0143943-58.2009.8.19.0001**. Des. Rel. Myriam Medeiros da Fonseca Costa. J: 13/06/2012. DJ:25/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.139.593/SC**. Min. Rel. Nancy Andrichi. J: 22/04/2014. DJ: 2 maio 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa a luz do Código Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo. Saraiva. 2012a. v.2

_____. **Manual de direito comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

ESTRELLA Hernani. **Despedida do sócio e apuração dos haveres**. Porto Alegre: José Konfino Editor, 1948.

GONÇALVES, Pablo. Dissoluções de Sociedade e o Novo CPC. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_168.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2016.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

Como citar: LISBOA, Leticia Lobato Anicet, SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Dissolução das sociedades à luz das alterações previstas no Código de Processo Civil de 2015. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.158-188, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p158. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 30/03/2017

Aceito em 05/09/2017

A EFETIVAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DIREITO DE RETIRADA

THE EXTRAJUDICIAL EFFECTIVENESS OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL

Felipe Fernandes Ribeiro Maia*
Pedro Ernesto Gomes Rocha**

Como citar: MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; ROCHA, Pedro Ernesto Gomes. A efetivação extrajudicial do Direito de Retirada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.189-224, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p189. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a compreensão do direito de retirada sob a ótica constitucional e teleológica da norma prevista no art. 1.029 do Código Civil, interpretando o direito de retirada como direito potestativo indissociável da qualidade de sócio, e, conseqüentemente, como garantidor da prerrogativa constitucional da livre associação. A partir dessa premissa, segue-se à explanação da ilegalidade das condicionantes impostas, na prática, à retirada. Por fim, pretende-se firmar os argumentos para que o direito de retirada seja, efetivamente, um instrumento para o desfazimento integral do vínculo societário, independentemente de alteração ao contrato social, de modo a garantir que o registro mercantil não seja – como não pode

* Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito de Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) da Faculdade de Direito Milton Campos e da Pós-Graduação Lato Sensu do IB-MEC-MG. Advogado (Sócio) de Brito & Maia Advogados e Consultores. Email: felipe.maia@britomaia.adv.br.

** Mestrando em direito empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado associado do Vilas Boas, Lopes, Frattari Advogados. Email: pedro@vlf.adv.br.

ser – empecilho ao exercício pleno do direito constitucional de associar-se ou desassociar-se livremente.

Palavras-chave: Livre associação. Direito de retirada. Direito potestativo. Sociedade limitada.

Abstract: This paper explores the right of withdrawal under a constitutional and teleological perspective of article 1.029 of the Brazilian Civil Code, therefore, understands withdrawal as a business partner's inseparable right and an extension of the constitutional prerogative of the freedom of association. With this concept, this study then analyzes the conditions for its effective and practical applicability. Finally, this research establishes fundamental arguments in order to transform an oblique right to an effective instrument – as a means to undo corporate commitments that do not have clauses of association. In the end, assuring that a commercial registry does not act as a hindrance for the constitutional right to freely associate or disassociate.

Keywords: Freedom of association. Right of withdrawal. Unilateral right. Limited partnership.

INTRODUÇÃO

O direito unilateral e imotivado de retirada de sociedade contratual está previsto, desde 2002, no Direito Brasileiro, nos termos do art. 1.029 do Código Civil (Lei n. 10.406)¹, e consiste, basicamente, em instituto jurídico fundado nos princípios constitucionais da preservação da empresa e da livre associação. Seu objetivo é garantir que um sócio possa se desvincular da sociedade (e da atividade), contratada por tempo indeterminado e da qual participa, por meio de um ato unilateral imotivado, sem que isso acarrete a dissolução (extinção) de tal sociedade. O direito em questão, portanto, não se confunde com o “direito de retirada” mencionado pela Lei n. 6.404/76 (“direito de recesso” ou “retirada motivada”)² e repetido, em menor escala, no Código Civil, art. 1.077.

Hodiernamente, a aplicabilidade prática do direito de retirada

¹ “Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.” (BRASIL, 2002).

² É o que se percebe dos arts. 136-A e 137 da Lei n. 6.404/76 (BRASIL, 1976) que, expressamente, referem-se ao “direito de retirada” ao tratar daquilo que a doutrina cunhou chamar de “direito de recesso”, a partir de mesma expressão (“direito de retirar-se”) usada para expressar um dos direitos essenciais do acionista no art. 109, inciso V, da mesma Lei. Veja-se: “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: [...] V - **retirar-se** da sociedade nos casos previstos nesta Lei.” No Art. 136-A citado, de igual forma, previu o direito de “retirada” quando da inserção da cláusula arbitral ao Estatuto Social: “Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o **direito de retirar-se** da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. [...] § 2º. O direito **de retirada** previsto no caput não será aplicável: [...]”. E, no Art. 137, sob a rubrica “**Direito de Retirada**”, prevê as diversas hipóteses elencadas que, em se verificando, permitem ao acionista exercitar o seu direito de retirada: “Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o **direito de retirar-se** da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: [...]”. O mesmo instituto é referido no art. 221, ao dispor sobre as consequências da transformação: “Art. 221. A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo se prevista no estatuto ou no contrato social, caso em que o sócio dissidente terá o **direito de retirar-se** da sociedade.” E, no Código Civil, à semelhança da Lei n. 6.404/76: “Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o **direito de retirar-se** da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.” (BRASIL, 1976, grifo nosso).

unilateral e imotivado (doravante, para fins deste trabalho, referido apenas como “direito de retirada”) tem se mostrado insuficiente para torná-lo realmente efetivo ao sócio retirante e à sociedade, pois, na prática, o seu exercício não tem permitido a concreta desvinculação do sócio junto à sociedade e perante terceiros. Em consequência, tem sido necessário buscar a tutela jurisdicional para que haja a efetivação do exercício da retirada.

Como se verá em seguida, a literalidade da norma não prevê especificamente como se dá a efetivação contra terceiros do exercício do direito de retirada (a Lei Civil criou, tão somente, um direito material). Então, o exercício da retirada (“procedimento”), acabou por adquirir um viés intrasocial e imperfeito. Explica-se: na prática societária, o direito de retirada – na contramão do que buscou a lei – não se aperfeiçoa por si mesmo, porque depende de outros atos societários (alteração ao contrato social e atos de registro) – que, ressalta-se, são alheios à vontade do sócio retirante – para que seus efeitos atinjam sua plenitude. Nota-se, entretanto, que, sob a ótica individual, o sócio retirante, ao exercer o direito de retirada na forma do citado art. 1.029 (retirada unilateral extrajudicial), não deveria depender dos sócios remanescentes para que sua saída surtisse plenos efeitos jurídicos. Ademais, sob a ótica social, gera-se dúvida sobre a composição final do capital social da sociedade após a mutação que o direito de retirada causa, invariavelmente. Ambas as situações deveriam, no entanto, ter efeitos (consequências) previstos em Lei. É o que se proporá ao final deste ensaio.

Para tanto, este estudo analisará o art. 1.029 do Código Civil, os princípios jurídicos que o permeiam, sua eficácia judicial e especialmente extrajudicial, e, por fim, proporá uma solução interpretativa que atribui ao art 1.029 plena eficácia extrajudicial na prática societária.

1 INTEGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AFEITOS AO DIREITO DE RETIRADA (LIVRE CONCORRÊNCIA, LIVRE INICIATIVA, LIVRE ASSOCIAÇÃO E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA) E SUA CONEXÃO COM A “NATUREZA JURÍDICA” DA RETIRADA IMOTIVADA (“RESILIÇÃO CONTRATUAL”)

Para se entender os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência é importante lembrar, desde já, neste parágrafo introdutório, quais as bases da economia de mercado. Simplificadamente, diz-se que a economia de mercado é aquela pela qual o acesso ao mercado é livre e na qual todos os agentes do mercado são tratados de forma igualitária quando nele inseridos.³ Assim, como se demonstrará neste tópico, há uma insofismável conexão entre o princípio da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência e os pilares do livre mercado.

O princípio da livre concorrência⁴ é um princípio da ordem econômica, derivado do princípio fundamental da livre iniciativa. É que,

3 “Cumpre esclarecer que o sistema de economia de mercado implica (a) no livre acesso ao mercado, de modo a não se admitirem barreiras que impeçam a aparição de novos agentes dedicados a uma atividade econômica, assim como (b) na exigência de que todos os agentes estejam sujeitos às mesmas regras e atuem independentemente entre si.” (BOTREL, 2009, p. 63). Para Rachel Sztajn (2010, p. 27), “Liberdade de contratar, liberdade para dispor da propriedade e liberdade para decidir, enfim, são marcos fundamentais em qualquer economia de mercado.”

4 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; [...]” (BRASIL, 1988). Paula Forgioni (2012, p. 169-170) bem explica a livre concorrência: “O conceito técnico de concorrência firmado com base nas observações de Max Webber deve ser aqui resgatado: ‘[...] dizemos que há mercado quando há competição [...] por oportunidades de troca.’ Por força do princípio da livre concorrência, aos agentes econômicos é assegurada a *garantia da disputa*, ou seja, [i] que poderão disputar trocas com os outros agentes econômicos; e [ii] que não terão suas oportunidades de troca indevidamente subtraídas por terceiros. Já afirmamos em outros estudos que a concorrência prejudica o agente econômico, obrigando-o a diminuir preços e a aumentar qualidade dos bens que oferece ao mercado. Explica-se, então, a célebre afirmação de Jhering no sentido de que a concorrência é o ‘regulador espontâneo do egoísmo’. Deixada no exercício de sua atividade sem pressões competitivas, a empresa tende a obter o maior lucro possível e, assim, a explorar a coletividade. Quando se garante ao adquirente a *opção de escolha* entre os bens oferecidos por vários agentes econômicos, eles serão forçados a disputar a oportunidade de troca, e aquele que oferecer melhores condições ganhará o contrato.”

se a livre iniciativa é a fagulha inicial da disseminação do exercício da atividade empresarial (o que, por sua vez, é a gênese da economia de mercado), a livre concorrência é a baliza que permeia o exercício da livre iniciativa (STZAJN, 2010, p. 28).

Legalmente, a livre iniciativa vem disposta no art. 1º, IV, e no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (a seguir denominada “Constituição da República”), e a livre concorrência consta do art. 170, IV da *carta magna*⁵. Na prática, a livre iniciativa e a livre concorrência são dogmas sem os quais seria impossível que o sistema econômico da economia de mercado sobrevivesse. Mais que isso: são tais princípios elementos essenciais e imprescindíveis da economia de mercado. A relação entre eles é praticamente simbiótica.

O princípio da livre concorrência consiste, como afirma Sérgio Botrel (2009, p. 94), “ao mesmo tempo, na confirmação da livre iniciativa e em limitação ao seu exercício.”

João Bosco Leopoldino da Fonseca (2010, p. 94) reforça a simbiose evidenciada ao afirmar que a garantia da liberdade de concorrência é forma de se alcançar o equilíbrio no exercício da livre iniciativa de empreender.⁶

Por sua vez, o princípio da livre associação intenta garantir que o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência seja pleno, já que seu objetivo é assegurar plena liberdade dos agentes de mercado (sócios e sociedade)⁷ de se associarem e se desassociarem segundo seus próprios

5 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]” (BRASIL, 1988). Sobre o art. 170, IV, conferir nota 4.

6 “Afirmado uma opção pelo regime da economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas” (FONSECA, 2010, p. 94).

7 É relevante explicar que, assim como a sociedade, o sócio também é um agente de mercado. Não é a

e exclusivos interesses⁸.

O princípio da livre associação é considerado pela legislação brasileira um princípio fundamental de direito, assim previsto pela Constituição da República, que o apresenta em seu rol de princípios e garantias fundamentais (art. 5º). Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; [...] (BRASIL, 1988).

Em sendo fundamental⁹, o direito à livre associação é verdadeira norma jurídica impositiva. E mais. É a livre associação um direito potestativo, pelo qual alguém se associa ou se desassocia, conforme vontade subjetiva, respeitadas, por óbvio, as eventuais imposições legais em sentido contrário, os limites contratuais eventualmente impostos pelas

condição de sócio que faz dele um agente de mercado, mas, sim, é a sua condição de pessoa detentora de algum tipo de recurso para ofertar ou disponibilizar ao mercado (dinheiro e/ou outro bens, serviços, *know how* etc.). Em suma, portanto, qualquer pessoa pode ser um agente de mercado, seja ela empresária (caso da sociedade empresária) ou não (caso do sócio).

8 Sobre o princípio da livre associação importa citar Botrel (2009, p. 109-112): “[...] insta atentar para o fato de que a sugestão da doutrina pátria, no sentido de que a preservação da empresa seria um princípio de hierarquia superior aos direitos fundamentais dos acionistas dissidentes, não encontra respaldo na teoria constitucional, em especial no momento em que o constitucionalismo moderno coloca em dúvida a legitimidade de se admitir a genérica e absoluta prevalência do interesse público sobre o particular, haja vista que ‘para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público’, [...]. [...] A partir do momento em que se admite que a finalidade do Direito Privado é concretizar e/ou conciliar a realização dos direitos fundamentais, o direito de recesso há que ser interpretado como um mecanismo de concretização do direito fundamental de não permanecer associado (direito da livre associação).”

9 “O papel desempenhado pelos direitos fundamentais evoluiu na mesma proporção que a complexidade da vida em sociedade. Inicialmente concebidos como instrumento de proteção contra a intervenção estatal, os direitos fundamentais exercem, na atualidade, a função de legitimação do próprio Direito, integrando, ademais, a ‘ordem subjetiva’.” (BOTREL, 2009, p. 21).

partes, a preservação do ente produtivo e a função econômico social das roupagens jurídicas disponíveis para associar-se¹⁰.

Complementarmente aos princípios acima evidenciados vem o princípio da preservação da empresa, que, a seu turno, surgiu principalmente pela atuação dos tribunais pátrios que, por meio de suas decisões, mitigaram os amplos poderes que a legislação exacerbadamente individualista do princípio do Século XX atribuía ao sócio individualmente (pelos quais um único sócio detinha o poder de promover a dissolução total da sociedade).¹¹ É que tais poderes desmedidos acabaram permitindo abusos, e, por isso, coube à jurisprudência limitá-los, visando à preservação do ente produtivo e conseqüentemente a manutenção de seu papel no mercado (sua função social).¹² ¹³ Assim, a preservação da empresa coloca o interesse social à frente do interesse individual do sócio, funcionando como instituto garantidor da continuidade da atividade da sociedade, independentemente da vontade de um ou outro sócio de extinguir o ente produtivo ou de dele se desvincular.

Pontuadas as interconexões entre a livre iniciativa, a livre associação, a livre concorrência e a preservação da empresa, é possível concluir: decorre o direito de retirada unilateral e imotivado desses

¹⁰ Essas roupagens são, por exemplo, os tipos societários, as associações etc.

¹¹ A causa de dissolução das sociedades prevista no item “5” do art. 335 do Código Comercial de 1850 autorizava que um sócio encerrasse a sociedade da qual fazia parte – em sendo a sociedade firmada por tempo indeterminado –, imotivadamente, mediante sua exclusiva vontade. Essa prerrogativa demonstra uma preocupação exagerada da lei em manter a individualidade e a autonomia de cada um dos sócios, dando-lhes meios para, se quiserem, desligarem-se da sociedade a qualquer tempo, mesmo que isso custe o encerramento da sociedade (“morte social”). Trata-se de um raciocínio totalmente antagônico ao atual princípio da preservação da empresa. Àquele tempo, a legislação não considerava a existência de um motivo para a preservação de uma sociedade que não fosse o objetivo único de atender às necessidades financeiras de seus sócios. (REQUIÃO, 1959, p. 40 a 42).

¹² Priscila Fonseca (2012, p. 59 a 61) explica que a concepção individualista passou a ser questionada pela ideia de preservação da empresa já na primeira metade do Século XX.

¹³ Em escorço histórico sobre a função social, Paula Forgioni (2012, p. 75-81) explica que a função social da empresa surgiu de três movimentos jurisprudenciais: construção da dissolução parcial, delineamento das hipóteses de exclusão de sócios e preservação do ente produtivo que se encontra em dificuldades econômicas. Segundo a autora, esses movimentos firmaram o conceito de empresa como “ente gerador de riquezas e de empregos”.

fundamentos principiológicos, na medida em que sua função primordial é garantir ao agente de mercado a possibilidade de encerrar um vínculo societário que não lhe é mais interessante¹⁴ (livre associação), sem que tal quebra de vínculo societário represente a extinção do ente produtivo (preservação da empresa), de maneira a permitir que o sócio (agente de mercado) e sociedade (agente de mercado) possam continuar atuando no mercado (livre iniciativa e livre concorrência); logo, o direito de retirada é o direito potestativo fundamental de um sócio de não permanecer associado, quebrando um vínculo societário do qual faça parte, conforme seu exclusivo critério.

O exercício, portanto, do direito de se retirar de sociedade contratual¹⁵ firmada por prazo indeterminado é uma prerrogativa subjetiva do sócio, que independe de motivação¹⁶, diferentemente do que se passa com o “direito de recesso” previsto na Lei de S/A (BRASIL, 1976) e repetido no Código Civil (art. 1.077). Assemelha-se, neste plano, ao direito de “denúncia vazia” (resilição unilateral¹⁷), para os contratos

14 É possível, é claro, que o direito de retirada seja exercido com abuso, facilitando fraudes. Essa possibilidade, todavia, não pode ser argumento para impedir a funcionalidade de um direito constitucional. Deve haver a presunção da boa fé do retirante.

15 Tem predominado o entendimento “segundo o qual o art. 1.029 aplica-se indistintamente às sociedades simples e limitadas.” (BRASIL, 2013a). No mesmo sentido, cf. REsp n. 1.602.240-MG, (BRASIL, 2016b). Não se desconsidera a revogação do Enunciado 390 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual se entendia livre a retirada do sócio das sociedades limitadas e das companhias fechadas. A revogação se deu pelo Enunciado n.º 480 da V Jornada. Ao que tudo indica, contudo, o foco era subtrair o equívoco relacionado às companhias fechadas e não as sociedades limitadas, tipicamente contratuais. Poder-se-ia discutir, entretanto, se o dispositivo do art. 1.029 seria aplicável às Limitadas que não o previssem expressamente em seus respectivos contratos sociais, bem como àquelas que elessem a Lei de S/A (Lei n. 6.404/76) como norma de regência supletiva. De todo modo, a jurisprudência parece se alinhar no entendimento de que o art. 1.029 é também aplicável às sociedades limitadas empresárias.

16 Neste sentido, assinala a jurisprudência com expressa referência ao art. 1.029 do Código Civil e também ao princípio constitucional da livre associação: “o sócio não pode ser obrigado a permanecer na empresa constituída por período indeterminado. O artigo 1029 do Código Civil e a **Carta Magna salvaguardam o direito de o sócio se retirar da sociedade.**” (BRASIL, 2013c).

17 A extinção do contrato antes do prazo só se admite por inexecução e pode ser de três espécies, segundo ensinamento clássico de Orlando Gomes (2001, p. 171): (i) resolução (por culpa ou sem culpa); (ii) resilição (unilateral ou bilateral) e (iii) rescisão: “Cumprido, em primeiro lugar, separar as *causas anteriores* ou *contemporâneas* à formação do contrato das *causas supervenientes*. As primeiras determinam a extinção do contrato por *anulação*. Se a causa extintiva for, entretanto, *posterior*, *dissolução* temos. A extinção dos

bilaterais que o admitem (art. 473 do Código Civil¹⁸), como bem observou o Des. Paulista Francisco Loureiro ao se referir ao art. 1.029 do Código Civil:

[...] faculta a chamada denúncia vazia, desmotivada, e que permite, por conseguinte, a retirada do sócio, na sociedade por prazo indeterminado, subordinada única e exclusivamente a sua vontade [...] (SÃO PAULO, 2013^a, grifo do autor).

Ou seja, para deixar a sociedade, basta a vontade do sócio, unilateral, imotivada, independentemente de justa causa, pois, do contrário, seria obrigado a permanecer associado indefinidamente, o que lesa a previsão constitucional do art. 5^o, inciso XX¹⁹. Neste exato sentido, veja-se:

**SOCIEDADE E DIREITO DE RETIRADA -
Antecipação dos efeitos da tutela - Recurso contra
decisão que indeferiu a retirada requerida pelo
autor - Direito verossímil de regularização formal**

contratos em razão de *causas supervenientes* à sua formação verifica-se pelos seguintes modos: a) *resolução*; b) *resilição*; c) *rescisão*.”. A *resilição* é o modo de extinção do contrato **pela vontade** de ambas as partes ou de uma delas (antes do prazo/termo previsto). A resilição é bilateral quando as partes deliberam, em conjunto, dissolver o vínculo contratual, ou seja, se criaram o contrato pela vontade comum, destroem pela vontade comum. Tradicionalmente, é designada por “distrato”. A resilição é unilateral quando o negócio concebido em conjunto é extinto pela vontade de uma das partes. Essa prerrogativa é típica **declaração de vontade**: “O poder de *resilir* é exercido mediante **declaração de vontade da parte a quem o contrato não mais interessa**. Para valer, a declaração deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, portanto, **declaração receptícia de vontade**. Costuma-se designá-la pelo nome de *denúncia*, mas, entre nós, seu uso não é corrente. Em certos contratos é conhecida por denominação especial. Assim, no contrato de trabalho, a declaração de vontade do empregador, que lhe põe termo, chama-se despedida ou dispensa.” (GOMES, 2001, p. 176).

18 “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.” (BRASIL, 2002).

19 Não é demais lembrar que as sociedades limitadas, diferentemente das sociedades anônimas, não possuem liquidez “de mercado”, isto é, não são dotadas de um mercado secundário organizado, no qual os interessados podem comprar e vender participações societárias. Aliás, a disciplina da sociedade limitada, a rigor, nem mesmo permite a livre transferência das participações societárias, como se infere do art. 1.057 do Código Civil.

do contrato (art. 1029, do CC) observado o disposto no art. 1032, do CC - Retirada assegurada na Constituição Federal que pode ser exercida a qualquer tempo pelo sócio dissidente Sociedade limitada de prazo indeterminado. Desnecessária anuência dos demais sócios ou demonstração de relevância da causa do pedido Decisão reformada Recurso provido (SÃO PAULO, 2011).

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE RETIRADA DE SÓCIO TUTELA ANTECIPADA Requisitos presentes Ausência de affectio societatis. Direito assegurado na Constituição Federal e suscetível de exercício a qualquer tempo (artigos 5º, XX, da Constituição e 1.029 do Código Civil). Liquidação de haveres apurável depois, no curso do processo. Recurso provido (SÃO PAULO, 2009).

E de maneira lapidar, sobre a natureza potestativa do direito de retirada, confira-se recente decisão do Superior Tribuna de Justiça, da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. 1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535 E 538 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. INDICAÇÃO DE TEMA PARA PREQUESTIONAMENTO. AUSENTE. ENUNCIADO N. 98/STJ. INAPLICABILIDADE. 2. EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETIRADA. DIREITO POTESTATIVO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E ATENDIMENTO DE PRAZO LEGAL. ART. 1.029 DO CC. [...]

2. [...].

3. [...].

2. O direito de retirada de sociedade constituída por tempo indeterminado, a partir do Código Civil de

2002, é direito potestativo que pode ser exercido mediante a simples notificação com antecedência mínima de sessenta dias (art. 1.209), dispensando a propositura de ação de dissolução parcial para tal finalidade.

3. [...]. (BRASIL, 2016b).

Em seu voto, o eminente Relator consignou de modo categórico, com apoio na doutrina da Professora Rachel Sztajn, acerca da característica potestativa do direito de retirada unilateral e imotivada das sociedades contratuais de prazo indeterminado:

Encerrou-se assim o debate acerca das condições para a extinção do vínculo societário em relação a um sócio, agasalhando-se o direito de retirada como “mecanismo neutro, voltado para a realidade societária, que permite a cada membro, dentro do jogo de interesses internos, garantir sua liberdade de permanecer ou não associado sem recorrer à dissolução da sociedade (SZTAJN, 1988, p. 53).

Tecnicamente, o direito de retirada constitui-se, portanto, em direito potestativo positivado em favor de cada sócio, individualmente considerado. Desse modo, uma vez exercido o direito e respeitado o prazo de antecedência da notificação, opera-se de plenamente a resilição do vínculo associativo individual, sujeitando os demais sócios e a empresa, independentemente de anuência ou de intervenção judicial (SZTAJN, 1988, p. 13).

O direito inserido pelo Código Civil de 2002 no art. 1.029 é, sem sombra de dúvidas, expressão clara e sonante da conjunção dos princípios inerentes à atividade empresária no mercado (livre iniciativa,

livre concorrência, livre associativismo) ao princípio da preservação da empresa²⁰. E, dotado de natureza potestativa, assemelha-se à rescisão contratual (“denúncia vazia”), não exigindo do sócio qualquer motivação para tanto, nem mesmo a quebra da *affectio societatis*.

2 O DIREITO DE RETIRADA: DETALHAMENTOS E BREVES COMENTÁRIOS SOBRE SUA EFETIVAÇÃO JUDICIAL

Em meados do Séc. XX a empresa passou a ser vista por um viés essencialmente econômico, como atividade organizadora dos fatores de produção, o que fez nascer a necessidade de regular, em moldes bem delimitados, as hipóteses em que um determinado sócio se desliga da sociedade empresarial (independentemente da forma do desligamento), para que, mesmo nessa situação, houvesse a preservação do ente gerador de riquezas (FORGIONI, 2012, p. 57-67). No Brasil, a preocupação foi evitar que o sócio que pretendesse deixar a sociedade pudesse colocar em risco a continuidade da empresa (o que seria maléfico à economia e ao mercado).

Dessa forma, como reflexo dessa necessidade, desenvolveu-se o direito de retirada unilateral e imotivado nos contornos que hoje se conhece, passando, primeiro, pela via judicial (construção jurisprudencial, por meio da ação de dissolução parcial) e, depois, pela positivação do direito de retirada no Código Civil de 2002 (art. 1.029), para as sociedades simples.²¹

20 O Ministro Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tratou do assunto: “Com efeito, a dissolução parcial das empresas surgiu no Brasil inicialmente pela via jurisprudencial e doutrinária, construída a partir da necessidade de se conciliar a subsistência das empresas com a livre iniciativa privada e ampla liberdade de associação. [...]” (Decreto-Lei n. 2.627/1940 e Lei n. 6.404/1976).” (BRASIL, 2016b).

21 Antes do direito de retirada os meios de quebra do vínculo societário espontâneos envolviam necessariamente a dissolução da sociedade por um procedimento judicial.

Esse direito de retirada positivado em 2002 com índole eminentemente constitucional foi bem retratado pelas palavras de Gladston Mamede (2011, p. 97):

Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa (artigo 1.029). O direito de recesso, ou seja, direito de se retirar da sociedade, importa uma tensão entre o direito do sócio a não se manter na sociedade e o direito da coletividade à preservação da atividade negocial. Mas o recesso é faculdade que tem lastro constitucional (artigo 5º, XX), mas com consequências patrimoniais que também revelam raízes na Norma Fundamental (artigos 1º, IV, 5º, II e XXXV, e 170)²².

Como já transcrito na introdução deste estudo e como demonstram as palavras de Mamede, o Código Civil traz em seu art. 1.029 a regra legal que representa no direito societário o princípio da livre associação. Nos termos de tal artigo, nas sociedades de prazo indeterminado²³, qualquer sócio poderá retirar-se da sociedade mediante notificação aos demais sócios (e à sociedade – art. 605, II, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015), com sessenta dias de antecedência.

A interpretação teleológica da lei, portanto, demonstra sua

22 Como nota-se, Gladston Mamede ora chama o direito de retirada de “recesso”, ora o chama de “retirada”; essa é uma flexibilização comum na doutrina (Cf. FONSECA, 2012, p 20) com a qual, no entanto, já se fez a devida particularização no início deste ensaio, conforme nota de rodapé n.º 2 (isto é, prefere-se a nomenclatura *recesso* para a saída motivada, taxativamente prevista em Lei).

23 No que se refere às sociedades com prazo determinado, a menos que o contrato social preveja (o que valeria como um acordo das partes pela possibilidade de rescisão unilateral do contrato, nos termos do art. 473 do Código Civil), a prerrogativa da retirada não se mantém, pois, se assim o fosse, seria latente que seu exercício configuraria diametral infringência ao princípio contratual do *pacta sunt servanda*.

finalidade clara de permitir ao sócio a prerrogativa de deixar de ser sócio mediante uma simples notificação extrajudicial enviada aos demais sócios. Ou seja, a saída do sócio se perfaz sem a necessidade de qualquer intervenção do Poder Judiciário – o que ocorria por meio da ação de dissolução parcial clássica – ou mesmo de providência pela Sociedade ou pelos demais sócios. Logo, a regra jurídica, ressoando a qualidade de direito potestativo do direito de retirada, não apresenta absolutamente nenhuma condicionante além da notificação de retirada. A própria terminologia legal vai nesse sentido e diz: “mediante notificação aos demais sócios”.

E o exercício perfeito da prerrogativa legal de se desassociar pressupõe cumulativamente, por óbvio, a ocorrência do desligamento do sócio retirante de todas as atividades sociais e da expressão desse desligamento nos entes responsáveis pelo registro do comércio (de modo a evidenciar a terceiros que o sócio retirante não mais é sócio da sociedade), fatos que deveriam ocorrer tão somente com o arquivamento da notificação de retirada na Junta Comercial competente, requerido unilateralmente pelo sócio retirante.

Não é demais explicitar novamente, então, que não há nenhum tipo de salvaguarda aos sócios remanescentes ou à sociedade, ou mesmo condicionantes ao exercício da retirada (a apuração e o recebimento dos haveres pelo sócio retirante não é uma condição para se concretizar a retirada, como se verá), pelo que, conclui-se: qualquer empecilho eventualmente criado à saída do sócio retirante tem caráter estritamente ilegal, porque contraria a regra do art. 1.029.

No entanto, na prática, o arquivamento da notificação de retirada na Junta Comercial competente não gera os integrais efeitos pretendidos (desligamento do sócio retirante das atividades sociais e expressão desse

desligamento pelo registro do comércio), justamente porque o retirante continua constando como sócio nos cadastros do registro do comércio, e, como continua em tais cadastros, continua sendo tratado como se sócio o fosse. Isso ocorre porque os entendimentos do registro do comércio e dos tribunais têm criado condicionantes ilegais ao exercício do direito de retirada, tornando-o inócuo.

Como exemplo podem ser citados o Entendimento E032 (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2009) do Plenário da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, de 22 de dezembro de 2009, e o Enunciado 23 da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2012), de 4 de dezembro de 2012, cujas redações determinam, respectivamente:

E032. Arquivamento do ato de notificação tratado pelo art. 1.029 do CC2002. O ato relativo a manifestação expressa do sócio, relativo ao seu interesse de retirar da sociedade, será arquivado somente após o decurso do prazo mínimo de sessenta dias da notificação aos demais sócios (se de prazo indeterminado a sociedade). O ato de notificação arquivado será considerado para suprir a assinatura do sócio na alteração contratual que efetivar a sua retirada (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2009).

23. O sócio pode desligar-se da sociedade contratada por prazo indeterminado mediante notificação por escrito aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias (art. 1.029, caput, do Código Civil). [...] a sociedade deve, independentemente do pagamento dos haveres ao retirante, providenciar e arquivar a competente alteração contratual de modo a espelhar a saída do sócio e os seus reflexos

nas cláusulas contratuais. Caso a sociedade se mantenha inerte em relação a tal dever, o sócio que exerceu a denúncia unilateral terá de propor contra a sociedade e os sócios remanescentes a competente ação de cumprimento de obrigação de fazer (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2012).

Observa-se que ambas as normas apontam no sentido de que o aperfeiçoamento do direito de retirada dependeria do arquivamento de alteração contratual subsequente à notificação de retirada enviada pelo sócio retirante aos demais sócios. Ora, não há como o sócio retirante, individualmente, arquivar uma alteração contratual sem o apoio dos sócios remanescentes; desta feita, tendo em vista que o exercício da retirada na grande maioria das vezes se dá em situações em que já não mais existe a *affectio societatis* entre os sócios (o que, por conceito, torna escassas as possibilidades de contato amigável entre os sócios remanescentes e retirantes), mostra-se praticamente inviável o arquivamento da alteração contratual que formalizaria a retirada exercida por meio da notificação. Não conseguindo arquivar a alteração contratual, só resta ao retirante o judiciário.

A tratativa jurisprudencial do tema vai acertadamente no sentido do entendimento de que o direito de retirada é um direito potestativo (como já sustentado acima), e que a permanência no quadro social de sócio que exerceu regularmente sua retirada gera para tal sócio um risco iminente de dano, já que ele permanece sendo sócio aos olhos dos terceiros que se relacionam com a sociedade, e, por consequência, enseja a concessão de tutela antecipada no sentido de obrigar aos sócios remanescentes a realizarem a assinatura e o posterior arquivamento da

alteração ao contrato social demonstrando a retirada (BRASIL, 2013c; BRASIL, 2014b, 2015).

É cedo para dizer como o CPC/2015 influenciará o exercício judicial do direito de retirada. Aparentemente, a ideia atual da jurisprudência será reforçada e o direito de retirada, a princípio, poderá ser abarcado pela tutela de urgência (art. 300, com base na ideia de “probabilidade do direito” e “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, com possibilidade de decisão liminar), ou, futuramente, pela tutela de evidência (art. 311, inciso II, que gera a possibilidade de decisão liminar, e inciso IV). Ademais, a nova codificação também positivou o pedido de dissolução parcial de sociedade a ser realizado pelo sócio que exerceu a retirada (art. 600, inciso IV).²⁴, em que pese nesta situação específica, além das próprias Juntas (por meio dos Enunciados citados acima), a doutrina e a jurisprudência²⁵ recomendarem a tutela específica e não a ação de dissolução parcial (como fez o CPC/2015).

Destaque, nesse cenário, passagem dos Professores Erasmo Valladão França e Marcelo Adamek (2016, p. 36-37), na qual afirmam,

24 “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] § 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. [...]”; “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...] IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”; e “Art. 600. A ação pode ser proposta: [...] IV - pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito; [...]” (BRASIL, 2015).

25 “**Ementa: TUTELA ANTECIPADA ESPECÍFICA.** Ação de dissolução parcial de sociedade. Pede o autor a imediata formalização de sua retirada do quadro social da agravada. Indeferimento que se reforma. Relevância da fundamentação. Cumprimento do requisito do art. 1029 CC. Direito de retirada formal e previamente manifestado por notificação. Justificado receio de ineficácia do provimento final. Art. 1032 CC. Reversibilidade. Art. 461 § 3º c.c. art. 273 CPC. Precedentes. **Concessão de prazo para que os agravados providenciem a averbação da alteração contratual perante a Jucesp, sob pena de multa diária.** Recurso provido.” (Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento n. 2187017-63.2014.8.26.0000. Relator: Teixeira Leite.). Confira-se, ainda, os precedentes citados na nota de rodapé n.º 30 supra. (BRASIL, 2015).

categoricamente, a natureza potestativa do direito de retirada e a inteira desnecessidade de se recorrer ao Judiciário para se efetivar tal direito:

Isto porque o sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso não precisa - ou não precisaria – valer-se, por definição, de qualquer medida dissolutória: o vínculo, em qualquer caso, estará extinto por efeito do exercício do direito potestativo de auto-desvinculação (exercitável mediante declaração unilateral e receptícia de vontade) e, para dar conhecimento do seu desligamento a terceiros e marcar o termo inicial do prazo de responsabilidade externa, bastará averbar a notificação de retirada ou recesso no registro competente (art. 1.032). E é precisamente aí que reside o perigo: o de entender-se que, para desligar-se da sociedade, doravante já não bastará mais aquela notificação e sua ulterior averbação; que a retirada e o recesso tornaram-se direitos formadores *judiciais*; e imaginar-se, pois, que o retirante ou o que exerceu o recesso deverá, ainda assim, propor medida judicial, se nos 10 (dez) dias seguintes à notificação o quadro social não for atualizado, **o que seria verdadeira aberração. Não é esta, porém, a interpretação que julgamos correta** (FRANÇA; ADAMEK, 2016, p. 36-37).

E arrematam, em nota de rodapé, acerca da atualização do quadro societário fomentar ação cominatória (tutela específica) e não dissolução parcial, como optou o CPC/2015: “5. A falta de atualização do quadro societário ou de cadastros fiscais poderá, a depender do caso concreto, autorizar a propositura de ação cominatória (CPC, art. 497)” (FRANÇA; ADAMEK, 2016, p. 36-37).

Parece, portanto, assentada na jurisprudência a efetivação

judicial do direito de retirada (em boa ou má-técnica, o CPC/2015 indicou o caminho no inciso IV do art. 600, por meio da ação de dissolução parcial, caso a Sociedade não providencie a alteração ao contrato social no prazo de dez dias do recebimento da notificação).

A efetivação extrajudicial, entretanto, padece de aplicabilidade prática.

3 A EFETIVAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DIREITO DE RETIRADA

Na qualidade de potestativo, o direito de retirada deveria ser plenamente eficaz por si só, ou seja, sem que houvesse a necessidade de se recorrer à força coercitiva do Estado para obrigar a total ruptura do vínculo societário. A interpretação histórica²⁶ e teleológica²⁷ do art. 1.029 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), cuja redação é exatamente a mesma daquela proposta no Projeto de Lei n. 634/1975 (art. 1.066) (BRASIL, 1975), deveria conduzir a sua total efetividade (e não o contrário), de modo a permitir que o direito de retirada se concretizasse com a ruptura integral do vínculo societário no que se refere ao sócio retirante.

26 “Para o levantamento das condições históricas, Tercio Sampaio Ferraz Jr. Recomenda ao interprete que recorra tanto aos precedentes normativos, ou seja, as normas que antecederam à nova disciplina, entendendo, assim, os motivos condicionantes de sua origem, quanto aos precedentes preparatórios (discussões parlamentares, emendas, votação etc), para que se chegue ao *occasio legis*, isto é, ‘o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma’ (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 286; SILVA, 2014).

27 Chiara Michelle Ramos Moura da Silva (2014), com apoio, novamente, em Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Por fim, as questões pragmáticas de interpretação reportam-se à carga emocional dos símbolos, aos valores atribuídos às expressões, podendo ser solucionadas através da interpretação teleológica e axiológica. A regra básica do método teleológico é a de que sempre é possível atribuir um propósito às normas, mas nem sempre essa finalidade é clara. Neste sentido é o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Assim, uma típica interpretação teleológica e axiológica postula fins e valoriza situações (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 288; SILVA, 2014).

Esta interpretação é que consubstancia os ideais apresentados pela Mensagem n. 160, de 1975, que encaminhou a Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil (FALCÃO, 2002), entre os quais se destacam aqueles relativos à concretude e operacionalidade, princípios basilares daquela nova legislação²⁸:

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

[...].

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

Em teoria, portanto, o direito de retirada ocorre assim: em uma notificação extrajudicial (desnecessária a interpelação judicial), o sócio retirante avisa aos demais sócios que não quer mais manter o vínculo social, e que, transcorrido o período de sessenta dias, desligar-se-á definitivamente da sociedade. Ainda em teoria, o que se esperaria após

28 “É com a responsabilidade que me advém da longa idade e de aturado estudo que posso assegurar, senhor Presidente, que vai ser sancionada uma Lei Civil que será da maior valia para o País, sobretudo em razão dos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade que presidiram a sua elaboração.” (REALE, 2017).

tal prazo, é que fosse reconhecido o pleno efeito dessa resilição (denúncia vazia) unilateral e imotivada ao contrato social e, conseqüentemente, fosse providenciada a alteração ao quadro social pela Junta Comercial respectiva, após arquivamento da notificação. É apenas isto e somente isto que se espera!

No entanto, a celeuma nasce justamente no campo prático (obviamente como decorrência da aplicação teórica imperfeita do instituto da retirada unilateral). Nas hipóteses em que, transcorridos os sessenta dias, os demais sócios (remanescentes) voluntariamente não providenciam a alteração contratual respectiva para apagar o quotista retirante do quadro social, o direito de retirada não se prestará aos fins aos quais se destina. As Juntas Comerciais, em sua maioria, propiciam uma situação extremamente atípica, pois, nelas, o contrato social e os cadastros do registro do comércio apontam como sócio alguém que não mais o é.

Disso surgem três principais problemas, a saber: (i) os entes cadastrais (Receita Federal, Secretaria de Estado de Fazenda, Prefeitura Municipal, Junta Comercial e etc.) continuam mantendo em seus registros, na condição de sócio, o sócio retirante; (ii) o retirante não se desvincula efetivamente da sociedade da qual deseja desligar-se; e (iii) como consequência, o retirante vê tolhido ou minimizado o seu direito à livre associação e à livre iniciativa (o que afeta diretamente sua condição de agente de mercado, pois fica atado em amarras societárias que o inibem ou o desestimulam ao desenvolvimento de outras atividades).

À vista disso, resta cristalina a certeza que, a partir do transcurso do prazo de sessenta dias e do arquivamento da notificação de retirada, a inércia da Junta Comercial em registrar em seus arquivos/sistemas a retirada do sócio, em adendo ao contrato social, e em notificar aos

demais entes cadastrais para que esses também o façam, causa extrema insegurança jurídica para aqueles que se relacionam com a sociedade (que não sabem quem efetivamente é sócio ou não é) e causa extrema ineficácia normativa para os interessados (de que serve o direito de retirada senão para liberar os agentes de mercado – sociedade e sócio retirante – para que esses, se quiserem, continuem suas atividades ou invistam em novas atividades, como agentes de mercado que são?).

E mais. Como já mencionado, não consegue o sócio retirante, por si só, solicitar aos entes cadastrais a sua retirada, pois, burocraticamente, fazem-se necessárias as participações dos demais sócios e da sociedade em tais pedidos de atualização cadastral.^{29 30} O modo como a maioria das Juntas Comerciais analisa a situação (arquivamento da notificação extrajudicial de saída do sócio e alteração dos registros mercantis, especialmente do quadro societário), em contrariedade à interpretação história e teleológica do art. 1.029 do Código Civil, tornam impossível a integral geração dos efeitos da retirada.³¹

29 Por força de normas derivadas da Lei n. 11.598/2007, que estabelece normas gerais de simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, os cadastros nos entes do registro do comércio (Junta Comercial, Receita Federal, Secretaria de Estado de Fazenda e Prefeitura Municipal) são feitos de forma unificada, por meio de requerimento assinado pelo representante da pessoa jurídica para cadastros da Receita Federal (são os cadastros de dados feitos pelo Documento Básico de Entrada, preenchido no site da Receita Federal e vinculante aos demais entes responsáveis pelo registro do comércio). (BRASIL, 2016a).

30 Atualmente, em nosso sistema comercial: determinada pessoa (chamada de “A”), tenta tornar-se sócia de uma sociedade (“Alfabeto”), e, ao solicitar a atualização cadastral aos entes cadastrais (basicamente: Secretaria de Estado de Fazenda, Secretaria Municipal de Finanças e Receita Federal e Junta Comercial), tem a atualização negada, sob a alegação de que existem pendências em aberto em nome de uma outra sociedade que não a Alfabeto, da qual o A já foi sócio no passado, mas já deixou de ser sócio há tempos, mediante o exercício do direito de retirada. Nesse caso, mesmo tendo exercido o direito de retirada, mantém-se uma vinculação de caráter burocrático entre o A e a sociedade da qual ele se retirou. Por consequência, impedia estar a atualização cadastral pretendida (entrada do A no quadro de sócios da Alfabeto). E mais. Muitas vezes não se consegue, minimamente, fazer com que o A torne-se sócio da Alfabeto, e, assim, dois agentes de mercado tem suas atividades prejudicadas: o A, porque não consegue ser sócio e contribuir para o desenvolvimento das atividades sociais; e a Alfabeto, que não consegue receber os aportes de capital a serem feitos por A e não consegue ter o apoio de A no desenvolvimento de suas atividades.

31 O ponto principal da discussão é a eficácia extrajudicial da saída do sócio; a discussão não gira, portanto, em torno do pagamento dos haveres devidos ao sócio retirante. Por se tratar intimamente da esfera patrimonial pessoal do sócio e da sociedade, esse problema deve ser resolvido entre eles, e, quando for o caso, pelo Poder Judiciário. O que podem os sócios fazer (e eventualmente evitar a lide judicial) é,

Essa ilegalidade salta aos olhos quando se destaca novamente os ditames do art. 1.029: “qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias”; o dispositivo legal é claro ao não condicionar o direito de retirada, e a ilegalidade reside, exatamente, na condição imposta pelas Juntas Comerciais, pela qual o direito de retirada somente pode se aperfeiçoar mediante o arquivamento de alteração contratual subsequente à retirada.

E de maneira inesperada, o Poder Judiciário já se pronunciou favoravelmente à posição das Juntas Comerciais, ao menos nos Estados de Minas Gerais e São Paulo que concentram, sabidamente, o maior número de sociedades empresárias registradas por unidade federativa. A decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais vinculou a retirada do sócio à apuração dos haveres; já a do Tribunal Paulista, em mandado de segurança, confirmou a posição da JUCESP no sentido de que não está obrigada a alterar o quadro social por força de notificação de retirada (ou seja, vinculou à apresentação de alteração ao contrato social).

Da ementa do acórdão da Apelação Cível nº 1.0024.13.160308-6/001, da 4ª (Quarta) Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já é possível extrair o conteúdo axiológico contrário à essência do art. 1.029 do Código Civil:

**APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE RETIRADA
DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA - ART. 1.029
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002- PEDIDO
DE ARQUIVAMENTO / AVERBAÇÃO DA
NOTIFICAÇÃO PELA JUCEMG - FALTA DE**

de antemão, no próprio contrato social ou em acordo de quotistas, criar normas para regular o exercício do direito de retirada, sem limitá-lo ou condicioná-lo, e normas para apuração e pagamento de haveres.

INTERESSE PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO CONFIGURAÇÃO - EXCLUSÃO DO NOME DA SÓCIA RETIRANTE DO CONTRATO SOCIAL - IMPOSSIBILIDADE.

[...].

- Ultrapassado o prazo previsto no art. 1.029 do Código Civil de 2002, não tendo o sócio remanescente manifestado sua concordância com a retirada da Autora da sociedade, promovendo voluntariamente a alteração do contrato social, o procedimento da dissolução parcial de sociedade - ação esta que possui como litisconsortes necessários o sócio remanescente e a sociedade empresária -, revela-se imprescindível à apuração de haveres, com a realização do ativo e pagamento do passivo, **sendo inviável sua realização por mero procedimento administrativo a cargo da JUCEMG (BRASIL, 2014).**

O acórdão em questão, além de afastar o dever da JUCEMG de, por procedimento administrativo, arquivar a notificação de retirada e alterar o quadro social, vincula a efetividade da saída do sócio retirante à anuência dos demais sócios, à alteração ao contrato social e, ainda, à apuração de haveres, mediante ação de dissolução parcial.

No voto condutor do acórdão, a eminente Relatora se baseia nos fundamentos da sentença, dos quais compartilha integralmente, veja-se:

A controvérsia travada entre as partes está relacionada à possibilidade da exclusão do nome da Autora do quadro societário da sociedade empresária Tradição Turismo Viagens e Execuções Ltda., haja vista o cumprimento do disposto no art. 1029 do Código Civil de 2002, conforme documento de f. 30/33. [...] [...] **A discussão limitou-se à possibilidade de que tal retirada fosse efetivada administrativamente**

pela JUCEMG, sem a necessidade de ajuizamento da ação própria em face do sócio remanescente.

Vejam os:

‘Desta forma, não se está questionando a possibilidade ou não da autora retirar-se da sociedade. Afinal o direito de retirada trata-se de um ato unilateral do sócio e, nos termos do artigo 5º, XX da CR/88: ‘ninguém está obrigado a associar-se ou a manter-se associado’. **Contudo, esse direito não leva à conclusão de que seja possível que a alteração da sociedade empresária se faça motu próprio pela própria Junta Comercial, sem haver uma dissolução parcial.** Diante do exposto, **a simples notificação realizada pela autora não tem o condão de possibilitar sua retirada automática da sociedade.** Se o sócio remanescente não se propõe a apurar os haveres da autora para o pagamento de sua cota, o caminho é a via judicial para fins de dissolução parcial da sociedade empresária.’ (f. 98-v). Tais considerações expressam exatamente o entendimento adotado por esta Relatora, pelo que o recurso deve ser desprovido. [...] Na espécie, **ultrapassado o prazo previsto no art. 1.029 do Código Civil de 2002, não tendo o sócio remanescente manifestado sua concordância com a retirada da Autora da sociedade,** promovendo voluntariamente a alteração do contrato social, **o procedimento da dissolução parcial de sociedade** - ação esta que possui como litisconsortes necessários o sócio remanescente e a sociedade empresária -, **revela-se imprescindível à apuração de haveres, com a realização do ativo e pagamento do passivo, sendo inviável sua realização por mero procedimento administrativo a cargo da JUCEMG**

Tais considerações expressam exatamente o entendimento adotado por esta Relatora, pelo que o recurso deve ser desprovido (BRASIL, 2014).

Sob o ponto de vista do caráter potestativo da livre associação, dos princípios da livre iniciativa e concorrência, e da interpretação histórica e teleológica do art. 1.029, a decisão transcrita é inadequada à realidade das relações societárias.

De maneira ainda mais preocupante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar mandado de segurança, consignou que os efeitos da “retirada unilateral” são *inter alias*, restritos aos demais sócios, e que a Junta (no caso, a de São Paulo) não está obrigada a registrar a saída unilateral. Veja-se:

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. **Retirada de sócio. Ato unilateral. Registro na JUCESP. Descabimento.** Denegação de mandado de segurança mantida. Recurso desprovido.

[...].

Consoante narra a inicial, a impetrante constituiu sociedade por cotas de responsabilidade limitada com Artidora Del Moro e, por desentendimento, **notificou-a, judicialmente, em não mais ter interesse em permanecer na sociedade, motivo por que, sem contra-notificação ou qualquer manifestação dessa sócia, levou pedido à JUCESP para registro da sua saída.** Não aceito, veio a impetrante com este mandado de **segurança por entender estar amparada pelo art. 1.029 do Código Civil** e, com efeito, há autorização nesse dispositivo para que, qualquer sócio se retire de sociedade mediante notificação aos demais, mas isso não resulta em obrigação a terceiros, tampouco direitos a quem se retira em relação a terceiros. **Esse ato é apenas *inter partes*, daí não ir além, como entendeu a impetrante ao querer impor ao impetrado o registro da sua retirada,** pois disso decorreriam

situações em relação a terceiros, o que é defeso em lei, como bem exposto nas informações. **Ajustada a saída de um ou mais sócios implica alteração contratual, o que não se deu neste caso**, pois restou mantido o contrato entre as partes, a ser desfeito ou alterado em outras vias, como expressamente constou na bem lançada sentença, motivo por que, com as observações acima, entendo não ser caso para sua reforma [...] (BRASIL, 2013b).

Como visto, o intuito da regra do direito de retirada é permitir ao sócio se desvincular da sociedade, sem justificativa, a qualquer tempo e sem qualquer ressalva. Eventuais discussões sobre haveres que devem ser pagos ao retirante, sobre má fé do retirante quanto ao exercício de sua retirada, ou sobre dívidas ou pendências progressas da sociedade sob as quais possa existir a responsabilidade do retirante, devem ser levadas ao judiciário ou ao juízo arbitral, quando for o caso, por aqueles que se sentirem prejudicados, mas não podem constituir impedimentos para que o sócio exerça seu direito de não mais permanecer associado, e consiga efetivamente – e sem precisar do apoio da sociedade ou dos demais sócios ou do judiciário – registrar essa retirada e atualizar seus cadastros no registro do comércio.

Não pode o registro mercantil ser empecilho ao exercício pleno do direito constitucional de associar-se ou desassociar-se livremente. O exercício da prerrogativa de saída é unilateral e suas consequências devem decorrer apenas da Lei e não de atos dos demais sócios, da sociedade ou mesmo da Junta Comercial.

Registre-se que, apenas recentemente, o item 3.2.6.2 do Anexo II da Instrução Normativa 38 do DREI³² passou a orientar às Juntas

32 “3.2.6.2 [...] qualquer sócio pode retirar-se da sociedade: a) Se de prazo indeterminado, mediante

Comerciais que anotem no “prontuário” da sociedade a retirada do sócio. Isto já era feito pela Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, como se nota da ilustração abaixo:

Figura 1 – Nome da figura

Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis - SINREM

Gov. do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços - SEDEIS
Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro

CERTIDÃO SIMPLIFICADA
Certidão Simplificada para Sociedades Empresárias, exceto as Anônimas, e suas filiais

Definimos que as informações acima constam dos documentos arquivados nesta Junta Comercial e são válidas na data de sua expedição.

Atos Arquivados:
CERTIFICADO A EXISTÊNCIA DE TODOS OS ATOS ARQUIVADOS ATÉ A PRESENTE DATA:
22/11/2002 - 00001296849 - 206, 22/11/2002 - 33267054794 - 832, 01/04/2004 - 00001413250 - 105, 28/07/2006 - 00001936710 - 105, 15/09/2006 - 00001639584 - 105, 19/09/2006 - 00001639585 - 205, 04/07/2007 - 000017100912 - 113, 27/04/2009 - 000019902126 - 105, 03/12/2013 - 00002529217 - 106.

At.1029 - Notificação de Recadastr:

CPVONPA: xxxxxxxx-xx	Participação no capital: R\$ 0,00
Capital: xxxxxxxxxxxxxxxx	Data de Notificação: xx/xx/xxxx

Número do protocolo: Local, data
Rio de Janeiro, 23 de Julho de 2014

Fabiano Dantas Moreira Serra
Tabelião com o/curat

Documento assinado por meio eletrônico, conforme MP 2200-2 de 24/09/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, em vigor conforme nº 07 de 10/09/2001-Art 1º.
Art 1º. Fica instituída a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil para garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de origem e das aplicações destinatárias que utilizem certificação digital, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Fonte: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (2017).

Trata-se de hipótese intermediária às soluções administrativas que se pretende concretizar neste ensaio, pois não resulta, por si só, em alteração do quadro societário e dos cadastros sincronizados/integrados. De toda sorte, permite ao terceiro, diretamente, por consulta à Certidão Simplificada, ter ciência de que houve o exercício do direito de retirada por determinado sócio, qual sua participação no capital social e a data da notificação.

notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, a contar da notificação do último sócio. Nesta hipótese, observar-se-á o seguinte: [...] a junta anotará no prontuário a retirada do sócio; [...]” (BRASIL, 2017).

O ideal seria que o art. 1.029 fosse mais completo e estivesse conectado com uma hipótese específica de redução do capital (como a do §1º do art. 1.031 do Código Civil), alterando-se, assim, também a disciplina do art. 1.082 do Código Civil (redução de capital) e instalação de uma situação de irregularidade (aplicando-se o regime jurídico de exceção das sociedades em comum³³). Desse modo, caso não viesse a sociedade, por meio dos demais sócios, a promover a alteração ao contrato social no prazo de 10 (dez) dias mencionados na atual Lei Processual (inciso IV, art. 600), reduzindo seu capital social e alterando o quadro societário, estar-se-ia instalado o regime de exceção das sociedades em comum (leia-se: situação de “irregularidade empresarial”).

O que se sugere, *de lege ferenda*, é uma breve alteração legislativa que viesse a refletir mais claramente essa dinâmica do exercício do direito de retirada. Para a efetividade mínima do direito de retirada, porém, basta que as Juntas Comerciais, ao arquivarem a notificação de retirada, promovam a alteração do quadro societário, comunicando os demais cadastros integrados/sincronizados.

CONCLUSÕES

Por tudo evidenciado, é preciso que as Juntas Comerciais atuem “de ofício” imediatamente após o transcurso do prazo de sessenta dias e o arquivamento da notificação de retirada, para fazer constar em seus registros que determinado sócio não mais compõe o quadro de sócios de determinada sociedade³⁴, bem como para notificar os demais

33 Regime que o Código Civil dedicou às sociedades irregulares, artigo 986 do Código Civil.

34 Isso implica, inclusive, a colocação de expressos destaques em suas certidões simplificadas, certidões de inteiro teor e em qualquer outro tipo de prestação de informação a terceiros que sirva para demonstrar o quadro societário da sociedade da qual o retirante se despediu.

entes cadastrais para que esses, a partir do recebimento da notificação – acompanhada da cópia da própria notificação de retirada – também façam constar em seus registros a retirada, de modo que o sócio retirante e a sociedade não tenham mais qualquer vinculação cadastral/registraral a partir daquele instante, e se vejam livres para continuarem suas atuações como agentes de mercado. Tudo isso sem que sejam necessários a assinatura e o arquivamento de uma alteração contratual consolidadora da situação social posteriormente à retirada ou, menos ainda, a apuração de haveres.

Finalmente, a efetivação extrajudicial do direito de retirada passa pelo reconhecimento do mercado e do registro do comércio de que o arquivamento da notificação de retirada é meio suficiente para promover a ruptura do vínculo societário e desvincular integralmente o sócio retirante da sociedade independentemente de outros atos societários posteriores. A notificação de retirada tem seus efeitos plenos diretamente da Lei e não do arquivamento.

Interpretar o direito de retirada como direito fundamental potestativo, atribuir às Juntas Comerciais a obrigação de notificar os entes cadastrais do exercício do direito de retirada, e, principalmente, incutir em todos os entes cadastrais a necessidade de reconhecimento dos efeitos da retirada, são atitudes que configuram, conjuntamente, a garantia de efetivação extrajudicial da retirada.

REFERÊNCIAS

- BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**: uma proposta de leitura constitucional do direito societário. São Paulo: Atlas, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 jun. 2017.

_____. Departamento de Registro Empresarial e Integração. **Instrução Normativa 38, Anexo II**. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-vacatio/38-instrucao-normativa-drei-no-38-anexo-ii-manual-de-registro-sociedade-ltda.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 634, de 1975**. Código Civil. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. **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/L10406.htm>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.788273-6/001**. Relator: Nicolau Masselli. DJ 15 abr. 2009a. DP 29 maio 2009. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisp/udencia/5986991/100240778827360011-mg-1002407788273-6-001-1/inteiro-teor-12123400>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo. nº 650.659-4/7-00**. 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Vicentini Barroso, DJ 2 jul. 2009b, DP 11 set. 2009.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 0095386-77.2011.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rui Cascardi, j. 11/10/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5470406&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha>>

_771f4e67c076405ba229aefb3848a1ee&v1Captcha=aFRKi&novoVICaptcha=>. Acesso em 17 nov. 2017.).

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apelação nº 0166889-52.2011.8.26.0100**. Relator: Francisco Loureiro. DP 12 mar. 2013a. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114118495/apelacao-apl-1668895220118260100-sp-0166889-5220118260100/inteiro-teor-114118504?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0032838-21.2011.8.26.0451**. Relator: Des. Borelli Thomaz. DJ 20 fev. 2013b. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114049453/apelacao-apl-328382120118260451-sp-0032838-2120118260451/inteiro-teor-114049463?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0153.08.083102-4/001**. Relator: Rogério Medeiros. DJ 17 jan. 2013c. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10153080831024001>. Acesso em 17 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº 1.0024.13.160308-6/001**. Relator: Ana Paula Caixeta. DJ 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.160308-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 17 nov. 2017

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de Instrumento n. 2187017-63.2014.8.26.0000**. Relator: Teixeira Leite. DP 25 nov. 2014a. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153770165/agravo-de-instrumento-ai-21870176320148260000-sp-2187017-6320148260000/inteiro-teor-153770175>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2135038-62.2014.8.26.0000**. Relator: Fortes Barbosa. DJ 11 set. 2014b. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137720390/processo-n-2135038-6220148260000-do-tjsp>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2209971-69.2015.8.26.0000**. Relator: Maia da Cunha. DJ 27 out. 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253468987/agravo-de-instrumento-ai-22099716920158260000-sp-2209971-6920158260000/inteiro-teor-253469011>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Receita Federal. **Convênios com juntas comerciais**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/ConvenJunta/default.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2016a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp n. 1.602.240-MG**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. DJ 6 dez. 2016b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/saida-socio-efetiva-60-dias-notificacao.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

FALCÃO, Armando. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, encaminhada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Ernesto Geisel. In: SEMINÁRIOS EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_35>.

pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, Priscila M. O. P. Corrêa. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Entendimentos em matéria de registro mercantil, direito empresarial e registrário aprovados na 4333ª Sessão ordinária do plenário da Jucemg, em 22 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.jucemg.mg.gov.br/arquivos/79_novos_entendimentos_de_Registro_Mercantil.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Uniformização dos critérios de julgamento: deliberação Jucesp nº 13, de 4 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://www.institucional.jucesp.sp.gov.br/downloads/enunciados_2012.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Serviços/certidão**. Disponível em: <<https://www.jucerja.rj.gov.br/Servicos/Certidao>>. Acesso em: 18 set. 2017.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. 1959. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SILVA, Chiara Michelle Ramos Moura. **Noções introdutórias de hermenêutica jurídica clássica**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48466&seo=1>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

SZTAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades comerciais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 71, 1988.

_____. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Como citar: MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; ROCHA, Pedro Ernesto Gomes. A efetivação extrajudicial do Direito de Retirada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.189-224, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p189. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 14/02/2017

Aceito em 06/09/2017

DEMOCRACIA E CONFLITOS DE ÓDIO: BUSCA PELA CONVIVÊNCIA PACÍFICA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

DEMOCRACY AND HATRED BASED CONFLICTS: THE QUEST FOR A PEACEFUL COEXISTENCE WITH THE USE OF COMMUNITY-BASED MEDIATION

Thiago Anastácio Carcará*
Clarissa Fonseca Maia**

* Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIDERP. Graduado em direito pela UNINOVAFAPI. Professor e Coordenador do Curso de Direito da FATEPI. Professor da UESPI, Diretor de Ensino da ESA/PI, Advogado e Consultor jurídico. Email: thiago.carcara@hotmail.com

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Graduada em direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Mestre em em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Email: clarafonsecamai@hotmail.com

Como citar: CARCARÁ, Thiago Anastácio; MAIA, Clarissa Fonseca Maia. Democracia e conflitos de ódio: busca pela convivência pacífica através da mediação comunitária. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.225-247, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p225. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O trabalho pretende analisar a democracia e os conflitos de ódio, verificando a possibilidade de convivência através da mediação comunitária. Utilizando o método de pesquisa bibliográfica, analisa-se a democracia como princípio e como estrutura política, na vertente da liberdade de expressão, através do pensamento de Berlin (1981), galgando a liberdade positiva como necessária no exercício

da cidadania, bem como no liberalismo e no Estado Social, não apenas tendo o Estado a função de garantidor dos direitos fundamentais, mas como incentivador da cidadania ativa, disseminando o poder da autotutela de forma ampla e uniforme. Verifica-se ainda o discurso do ódio como manifestação do pensamento que contamina a democracia e deve ser trabalhado de forma que se possa encontrar, no espaço público de ideias, ambiente de tolerância e de conhecimento da verdade. Alçando a Mediação, como instrumento a resolução de conflitos, verifica-se a Mediação Comunitária como meio ideal a empoderar o cidadão e possibilitar a conscientização moral e jurídica de forma comunitária, alcançando os indivíduos membros de uma região ou comunidade que necessitam elidir seus conflitos e possam autogovernar-se no que concerne a solução de seus conflitos de ódio, sendo o Estado um garantidor e incentivador da proatividade e cidadania ativa.

Palavras-chaves: Democracia; Discurso do ódio; Mediação Comunitária; Tolerância.

Abstract: This study analyzes democracy and the many conflicts that arise from hatred, and questions whether community mediation is a viable solution for a peaceful coexistence. Using literature review, this paper examines democracy as a principle and as a political structure – with the perspective of freedom of expression and the view of Souma Berlin

(1981). Furthermore, positive liberty is seen here not only as a necessary requirement of citizenship, but as a liberty of the Social State, as it is a guarantor of fundamental rights and an instigator for the encouragement of active citizenship. Even though hate speech is also a freedom of expression, it has negative effects on democracy even if public space is seen as an environment for tolerance and knowledge based on truth. Therefore, mediation can be a useful instrument for conflict resolution, as it can empower citizens and provide the necessary moral and legal awareness for communities. In this way, individuals pertaining to different regions or communities can resolve their own conflicts with this instrument; thusly, governing and helping themselves, as the State promotes and fosters positive speech and active citizenship.

Key-words: Democracy; Hate speech; Community Mediation; Tolerance.

INTRODUÇÃO

A globalização possibilitou os maiores avanços da sociedade contemporânea, avançado a passos largos para uma evolução tecnológica e social. Por outro lado, a disseminação do Poder ao ente estatal enfraquece os indivíduos na participação democrática, bem emudece a democrática em seus principais valores. A evasão do espaço públicos de ideias dá margem a manifestações de ódio outrora vistas e que amealham este espaço como se fosse para si, inviabilizando qualquer tentativa de diálogo ou busca da verdade, sendo distante qualquer tentativa de pensamento tolerante.

O sentimento democrático não coexiste com a submissão a vontade alheia, não sendo capaz o homem de se auto governar, de possuir independência e autonomia. As amarras impostas pelo próprio sistema constitucional parece serem cômodas e aceitáveis, no estado de embriaguez paternalista que assola grupos e mais grupos de indivíduos refêns do comodismo e da dependência.

A descrença nos valores democráticos e a espera por uma ilha de respostas perdidas em um espaço profundo de ignorância, domina a alma e corrompe a mente que se esvai distante de qualquer sentimento de capacidade de autodomínio. A construção do ódio nesses espaços, se múltipla no medo e no enfraquecimento mutuo do indivíduo e da sociedade. A retomada da consciência política exige um despertar sônico eloquente e perspicaz que alce ao trono das decisões o próprio indivíduo, que deve despir-se dos trajes paternos e tecer sua própria cidadania de forma ativa e ativa, sendo sujeito capaz civilmente e democrática, expelindo independência e autotutela não mais sendo vítima, mas sendo senhor de suas decisões, sempre pautadas no diálogo e na construção do

consenso evidencia a ordem constitucional como sua submissão.

Neste paralelo, o presente trabalho busca analisar os meandros democráticos, em especial no que concerne ao exercício das liberdades, particularmente da liberdade de expressão, e em seu modo mais virulento, que é o discurso do ódio. Questionando a possibilidade de resolução de conflitos de ódio, alçando a Mediação como instrumento hábil a resolução de conflitos, verifica-se a Mediação Comunitário como meio ideal a empoderar o cidadão e possibilitar a conscientização moral e jurídica de forma comunitária, alcançando os indivíduos membros de uma região ou comunidade que necessitam elidir seus conflitos e possam autogovernar-se no que concerne a solução de seus conflitos de ódio, sendo o Estado um garantidor e incentivador da proatividade e cidadania ativa.

Utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica, com uso da doutrina especializada nacional e internacional, além da legislação pátria com o propósito de sedimentar de forma jurídica os argumentos expandidos.

1 DEMOCRACIA E CONFLITOS DE ÓDIO

A sociedade contemporânea se expande em um plexo de relações sociais que se multiplicam e se remodelam continuamente em velocidade assustadora, provocando a decadência de normas jurídicas perante novas situações fáticas emergentes na sociedade. A incapacidade de o direito acompanhar as evoluções sociais é uma tendência positivista, que se enclausura no pensamento burocrata sendo encorajada pelos procedimentos cada vez mais distantes das necessidades sociais e mais próximos do formalismo exaustivo e pedante. Óbvio que o formalismo é uma realidade diante da necessidade de congestionar as ações estatais

sob pena de a imprudência célere ser sancionadora de atos discricionários e atentatórios às bases estatais democráticas. Entretanto a finalidade não pode ser jamais o meio, o processo, mas sim o resultado prático em prol de uma sociedade que se conduza pela convivência ordenada e pacífica.

Para tanto o Estado deve assumir um papel de efetivação de direitos de forma célere e concreta, consistente na realidade social dos indivíduos que o compõe. Na contramão, a máquina estatal brasileira que prefere intervir de forma contínua e sistemática na vida dos indivíduos, tanto que a burocracia reflete em títulos tais quais “País dos bacharéis” (MORAES, 2010), torna o seu povo dependente sempre de uma ação estatal, seja para efetivar um direito, seja para resolver um conflito entre particulares. A estrutura burocrata do país fora constituída, desde os tempos de colônias, priorizando a formação de bacharéis de direito burocratas que teriam como prioridade os interesses do Estado, no caso do Império Português, e na virada para a República as elites dominantes passam a consternar suas preocupações em estruturar a máquina estatal de forma a manter em voga seus interesses.

Tanto que este pensamento ideológico de assegurar uma máquina burocrata e pesada, ou seja, lenta em possibilitar a efetivação dos direitos dos indivíduos e de lhes assegurar a verdadeira liberdade democrática, foi disseminada nos países latino-americanos em uma tentativa de aliviar tensões sociais existentes, moldando culturas diversas e “jeitinhos” diferentes na busca pela resolução de conflitos (BARBOSA, 2005). A cultura social disseminada pelo Estado não tem sido, até a discussão do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, a da autocomposição. Tanto que a construção prática da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais foi tortuosa para aqueles que acreditam na possibilidade dos indivíduos resolverem seus conflitos sem a necessidade de intervenção

do Estado, posto que a proposta da legislação fosse incutir no seio da sociedade meio de resolução de conflitos de forma célere, o que, pela própria composição dos agentes que iriam disseminar tal prática, findou em uma extensão da burocracia formalística predominante na máquina estatal, só que para pequenas causas.

De tal forma que a composição química do Estado Democrático, no caso do Brasil, poder-se-ia ser questionada em virtude de o país não evidenciar fins para o exercício democrático, mas apenas meios, e mais meios, para essa democracia brasileira que sofre com a representatividade política e com a relativa incapacidade de transformar indivíduos em cidadãos. A razão para tanto, não merecia vazão neste pequeno aparte, mas uma das circunstâncias pode ser apontada.

Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais (BOBBIO, 1986, p. 20).

O real papel do Estado, então, estaria sendo questionado. Em que medida, o liberalismo assegura a democracia e vice-versa, já que o intervencionismo, na sociedade global, mediante as necessidades econômicas e sociais, se faz necessária para assegurar, em certa medida,

o exercício mínimo de direitos fundamentais, tais como saúde, educação, moradia, alimentação entre outros? Por outro lado, pode-se evidenciar que possuindo os indivíduos seu status de cidadãos assegurado, não só pela participação no Estado, diante de um sistema de representatividade eficaz, mas pela possibilidade do exercício de liberdades de forma a garantir o mínimo substancial para vida digna, satisfazendo a máxima da dignidade da pessoa humana, não seria necessária a intervenção do Estado e o indivíduo seria alçado à condição de ator principal da sociedade e não o Estado. Nessa perspectiva, utópica perante a conjuntura atual da sociedade brasileira nesta segunda década do século XXI, seria possível sim emergir o liberalismo como pensamento ideológico que possibilita a construção de uma cultura de auto composição perante os conflitos particulares, avançando ainda mais para os conflitos sociais e de ódio, ponto principal de análise deste trabalho.

A premissa do liberalismo perante o Estado Democrático, contamina todas as instituições e os indivíduos inseridos no processo cultural político, repercutindo na mudança de comportamentos sociais. Entretanto, como já evidenciado, esta hipótese, utópica, seria materializada apenas com uma mudança de ideologia que levaria anos a ser inculcada no seio da sociedade e dos cidadãos, processo este que pode ser discutido em outro momento. Mas, o que se pretende destacar são os reflexos do pensamento liberal na possibilidade dos cidadãos, indivíduos, construírem a autocomposição como forma de comportamento, o que repercute nos comportamentos sociais e resolução dos seus conflitos.

Igualmente, a estrutura econômica e social do país conduz a necessária intervenção estatal para assegurar e garantir a concretização dos direitos sociais e fundamentais, efetivando um mínimo substancial para a sociedade. A vista de uma construção neste sentido, o ponto de

partida para uma possível resposta trata-se de garantir, além desses direitos, a liberdade de expressão dos indivíduos, haja vista esta ser pilar principal para a democracia. Assim, estar-se-ia partindo para uma nova vertente democrática, o Estado deve assumir o papel de garantir dos direitos fundamentais e sociais, passando a assumir, de forma proeminente, o papel paternalista.

Esse caminho, assumindo por boa parte das democracias, possibilita evidenciar uma corrente filosófica que contemple tais premissas e busque alçar o indivíduo como figura central deste processo. Entretanto as dificuldades jurídicas de equacionar liberdade e igualdade perante a ideologia liberalista, e o impulso tomado pelo paternalismo intervencionista, gera crises que urgem com uma necessária racionalização da burocracia e remodelação de prestações assistências e direitos e garantias jurídicas (FERRAJOLI, 2010, p. 279).

Nesta reformulação democrática, a busca pela priorização do indivíduo no centro de decisão e da construção constitucional dos direitos e garantias fundamentais, não como sujeito alvo, mas como participe da concretização destes, passa pela formação ideológica do Estado, que ainda aduz a delegação de parcela da liberdade para o Estado, conforme o pensamento hobbesiano¹, refletindo a percepção de que este ente, que detém a responsabilidade pela gestão da parcela de liberdade, deve também resolver todo e qualquer conflito existente entre os seus membros. O sentimento de paternalismo nasceria desta concepção de teoria do estado, mas também passa pela cultura de delegar as resoluções de conflitos a um terceiro que deva atender a uma série de requisitos legais, prática esta que incutida no seio da sociedade gera

¹ O contrato social de Thomas Hobbes conduz ao pensamento de que todos os cidadãos cederam uma parcela de sua liberdade em prol do Estado, o *Leviatã*.

reflexões sobre realmente qual o papel dos particulares nesse sistema de tensões e liberdades.

A concepção do Estado Democrático enaltece, sobremaneira, a necessidade de participação dos indivíduos, entretanto a construção da democracia não deve representar apenas a visão de participação no Estado, mas também de indivíduos capazes de exercer seus direitos e liberdades de forma a se auto tutelar buscando a resolução de conflitos pacífica e ordenada sem necessidade de interferência de terceiro ou do Estado. O real conhecimento desta vertente democrática torna prática a realidade ideológica do liberalismo e do Estado Social, em especial no que concerne a capacidade de autogovernar-se, construindo o Estado com a mínima intervenção possível deste.

O sentido democrático, absorvido na perspectiva da liberdade de expressão, sob o prisma do pensamento de Isaaah Berlin (1981) de exercício das liberdades positivas e negativas², em conjunto com a teoria do status desenvolvida por Jellinek absorvida na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2011), em especial no que concerne ao Status ativo, com a participação no indivíduo na comunidade, eleva o cidadão ao centro do propósito político, jurídico, social e econômico, possibilitando a construção de uma sociedade aberta ao diálogo e às ideias, capaz de buscar a tolerância e resolver seus conflitos. Essa perspectiva, em sentido plenamente utópico, mas não inviável de ser realizada, sofre reflexos de toda a história da humanidade, haja vista ser construída com bases em valores transformados pelo tempo e pelo espaço, em um cotidiano marcado pela intervenção humana no poder de decidir em quais verdades devem ser perpetuadas e quais não.

2 A teoria desenvolvida por Berlin (1981) aponta que a liberdade positiva é a área de atuação do indivíduo, que tem o dever de exercê-la, e o Estado deve assegurar este exercício, e a liberdade negativa é o campo no qual não deve existir intervenção, nem do Estado nem de outro indivíduo.

Essa dimensão histórica reflete sobremaneira na construção de um espaço público de ideias, igualmente desenhado por Berlin (1981), pois os fatos evidenciados pelo tempo marcam o homem e sua perspectiva psicológica e interpessoal, determinando a postura ideológica e social deste, bem como de seu povo, pois a cultura predominante é que estabelece a real prevalência de um valor em detrimento de outro. Agnes Heller (2008) expõe de forma clara a formação desses valores, e de como eles se perpetuam no cotidiano, de forma positiva ou de forma negativa, contribuindo para a elevação de juízos ultrageneralizados que são constantes no pensamento da sociedade, o que repercute diretamente no exercício da liberdade de expressão.

Diante de tais circunstâncias os elementos de ódio existentes na construção de uma sociedade afloram de forma silenciosa e ardil, incutidos nas mais simples manifestações humorísticas até as organizações civis de disseminação de ódio. A ideologia constante no pensamento e na história humana, não repercutida de forma positiva, apresenta-se como alternativa à ordem de valores constitucionalmente e moralmente imposta a sociedade, passando a ser margem de um espaço público de ideias, mas que contribui para sua formação, haja vista a impossibilidade jurídica de combater ideias. Esmerando a busca pela verdade, a tolerância defendida por Bobbio (2011), não parecer ter vazão diante do discurso do ódio que avassala o tempo e o espaço, contaminando para a derrocada da democracia pela incapacidade de admitir o diálogo e a construção da verdade.

As manifestações de ódio existentes na sociedade são resultantes da história desta, e que hodiernamente, decorrentes do multiculturalismo existente nas comunidades, bem como em do fenômeno da globalização, afloram como elemento margeado no espaço público de ideias,

influenciando-o e ao mesmo tempo sendo obstáculo para o diálogo e para a tolerância. O discurso do ódio é a manifestação de pensamento que buscar incitar a violência contra grupos vulneráveis bem como disseminar uma ideia de ódio com o propósito de galgar adeptos e contaminar o ambiente social. Essa manifestação decorrente de juízos ultrageneralizados repercutidos de forma negativa na vida cotidiana sobre grupos de indivíduos em razão de característica física, social, econômica, religiosa, política, entre outras particularidades evidenciadas como negativas pelos intolerantes. (CARCARÁ, 2014)

Não se pode negar que o discurso do ódio é exercício da liberdade de expressão, mas não possui propósito de contribuir para a democracia, e sim pela prevalência de uma ideia sobre todas as outras. Assim a sua disseminação é nefasta ao pensamento democrático e até mesmo para o espaço público de ideias, pois inviabilizaria outras manifestações. Entretanto, para Norberto Bobbio (2011) a intolerância existe em diversos graus e somente com a própria tolerância em aceitar os intolerantes é que seria possível galgar a busca pela verdade e a própria tolerância, já que o intolerante excluído não deixará de ser intolerante. Assim a busca pela sociedade ordenada e pacífica, que se faça corresponder de igual maneira ao ideal democrático, onde os cidadãos nelas inseridos são capazes de objetivar suas ideias, mesmo que conflitantes, se concretiza com a tolerância a todos bem como o desenvolvimento da capacidade de se autogovernar, em especial no que concerne a capacidade de autocomposição para resolução de conflitos de qualquer espécie, em especial no caso em análise, de ódio.

2 A CONVIVENCIA PACÍFICA E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

A necessidade de ambientes propícios para o diálogo é um dos primeiros passos para que se possa galgar a resolução de conflitos de ódio. É preciso destacar que o intolerante não quer o diálogo, principalmente se for com algum indivíduo que for membro do grupo vulnerável alvo dos ataques de ódio. Assim, a construção deste ambiente deve ser pautada pela ausência de qualquer obstáculo ideológico, devendo ser propício à construção do consenso. O Estado, deve então, assumir o papel de facilitador, evidenciando meios para a construção deste ambiente. A imposição legal da proibição do discurso do ódio, destacada no art. 20 da Lei 7.716/89, entoa como tipo penal a conduta de “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ” (BRASIL, 1989) A pena para quem praticar tal conduta é de reclusão de um a três anos e multa, podendo ser agravada.

A criminalização da conduta já demonstra a inadmissibilidade de tal ato perante a sociedade, haja vista, que, apesar de ser exercício da liberdade de expressão, atinge de forma direta a honra de suas vítimas afetando a dignidade da pessoa humana pelas consequências perpetradas, tais como a violação da autonomia individual. Entretanto, esta postura não impedirá de que o discurso de ódio deixe de contaminar o ambiente democrático, e que os conflitos de ódio deixem de existir, até porque a ideia de ódio pode ser veiculada quando não intenta contra a honra ou tende a disseminar-se.

A possibilidade de construção da tolerância, portanto, apresenta-se como o melhor caminho para a convivência pacífica. Essa via deve ser enaltecida através do diálogo, que deve existir entres os agressores e as vítimas do discurso do ódio, para que possa existir o conhecimento

da verdade. Porém, não se pode crer que os envolvidos no discurso do ódio iram compor de forma pacífica, de livre e espontânea vontade, até porque ambos não pretendem dividir o mesmo espaço, seja pela ira do ódio ou pelo medo consequente.

Assim, a participação de um mediador, terceiro habilitado e preparado para tanto, se faz imprescindível. A existência do diálogo, portanto, deverá ser construída por terceiro, que será apenas um facilitador buscando o estabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas.

A mediação se apresenta como “mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência” (SALES, 2009, p. 1). As partes devem convergir para o consenso, não havendo intervenção do terceiro nos termos ou pontos da resolução, pois cabe somente as partes encontrar a solução do conflito. As partes devem buscar a mediação de forma autônoma e independente, não sendo coagidas a resolver o conflito, despedidas do desejo de competir e cientes de que o poder de decisão cabe a elas. (SALES, 2009)

O contexto da mediação, *prima facie*, pode ser inócuo para a resolução de conflitos de ódio, haja vista a necessidade do envolvimento das partes na busca pela solução do conflito, e não havendo esta predisposição, não se poderia falar em mediação. Para tanto devem ser discutidos métodos pelos quais pode ser aventada a mediação. No primeiro momento, o valor democrático de autocomposição deve ser incutido no seio da sociedade, e em especial perante as partes envolvidas, com o propósito de que estes possam vir a compor o conflito de forma livre e independente. A participação do mediador, assim, se dará não apenas envolve duas partes, agressor e vítima, mas toda a sociedade.

Obviamente que não a sua integralidade, mas somente a parcela na qual está envolvida nos conflitos de ódio, que pode ser resumida em grupos organizados existentes em determinadas regiões.

O terceiro e último, chamado de conflitos interculturais, envolve temas como etnia, minorias, imigração e exclusão social, que são frutos da diversidade cultural, das diferentes identidades, religiões, idiomas, desigualdades social e cultural existentes em uma sociedade, comunidade, região ou cidade. Tais diferenças exigem a busca consciente da própria identidade a partir do reconhecimento e respeito com relação a todas as demais identidades. Por isso, há que se ter em conta que tais conflitos se caracterizam por situações complexas que transcendem fronteiras, demandando tratamento diferenciado. A mediação comunitária ou social nestes casos, por intermédio de uma gestão acolhedora em todos os sentidos, proporciona um aprendizado de convivência mais harmônica e pacífica entre essas diferenças, que será tomado como modelo a ser seguido a partir de sua intervenção (BRAGA NETO; SALES, 2012, p. 27).

A comunidade passa a ser o alvo da mediação, o envolvimento das partes na resolução do conflito passa pelo empoderamento de todos os membros através do conhecimento dos métodos no cotidiano, onde as partes utilizam-se dos instrumentos da mediação para todas as situações de conflitos, com via a busca de uma cultura de paz. Tal propósito eleva o senso de autonomia e permite às partes assimilar a mediação como meio para galgar a convivência pacífica (BRAGA NETO; SALES, 2012).

Com a ascensão da mediação de conflitos como instrumento de alcance do consenso por parte da comunidade, a aceitação de resolução

de conflitos de ódio por meio deste instrumento poderá ser alcançada, tendo a possibilidade de construção de um espaço para o diálogo e o conhecimento da verdade, combatendo os juízos ultrageneralizados que emergiram como preconceitos, transformando-se em discriminação e racismo, objeto do discurso do ódio.

Deve ser exposto ainda que as partes agressoras não tenham qualquer interesse em buscar diálogo com as vítimas, pois buscam mesmo é a sua opressão. A defesa de posições e a plena manutenção desta por parte dos agressores inviabilizam sobremaneira o diálogo, o que muitas vezes se enrijece com ataques dos mais variados tipos.

Neste ponto, sugerem os autores Roger Fisher e William Ury (2014), que devem ser verificados os interesses que estão por trás e identificados os princípios que ela reflete, sendo praticada a negociação Jiu-jitsu, na qual prepondera a opção pelo não revide de ataques e o direcionamento da força utilizada para o real propósito, que é a solução do conflito. As técnicas da negociação são utilizadas sempre para se alcançar o diálogo e possibilitar às partes o consenso.

O conhecimento dos direitos e deveres dos indivíduos evidencia o empoderamento dos mesmos, podendo ser praticada a liberdade nos seus aspectos ativo e positivo, segundo Jellinek e Berlin. Este conhecimento abre portas para que os próprios membros da comunidade sejam mediadores de seus conflitos, desenvolvam e aperfeiçoem os valores e práticas democráticas bem como a tolerância e pôr fim a convivência pacífica e ordenada.

A convivência pacífica a ser alcançada passa principalmente pelo conhecimento da pessoa com a qual se partilha espaços, sendo valorizada a própria pessoa e não o problema (ALMEIDA, 2014), buscando o valor social de todos os envolvidos no conflito, evidenciado que todos devem

participar na resolução dos conflitos, em especial na busca pela cultura de paz, além de proporcionar a introspecção e sensibilidade de cada indivíduo em relação ao conflito e o seu real problema.

O desenvolvimento das técnicas de mediação comunitária no seio dos conflitos de ódio, proporciona o ataque ao real problema do conflito, e não as vítimas. O conhecimento de tais técnicas passa pela Mediação Comunitária que se desenvolve inicialmente com o empoderamento das pessoas da comunidade, que passaram a praticar as técnicas da mediação, no próprio seio familiar e no seu cotidiano, afim de que se possa ter inculcido na comunidade tal meio de resolução dos conflitos.

Em primeiro momento a intervenção estatal se faz necessária pelo próprio dever do Estado de atuar para garantir aos indivíduos o exercício pelo dos seus direitos, dentre eles a própria cidadania ativa. Essa atuação pode ocorrer por meio de ações estatais através de políticas públicas como o Núcleo de Mediação Comunitária idealizado em 2005 como o primeiro na área da Mediação Comunitária (BRAGA NETO; SALES, 2012). Outro exemplo é o Programa Centro de Integração da Cidadania – CIC do Governo do Estado de São Paulo (CAMPOS, 2014) que busca a participação popular e garantir formas alternativas de acesso à justiça.

A proposta governamental no ano de 2008 passou a ser realmente implementada por meio de cursos práticos voltados para a comunidade e dinâmicas pontuais para a supervisão e monitoramento dos Núcleos de Mediação que funcionam em cada unidade. Deve ser destacado que um dos objetivos que nortearem o programa.

Promover e disseminar a educação para a cidadania

e para os direitos humanos: promover seminários e debates sobre temas relacionados aos Direitos Humanos; Promover cursos de capacitação em direitos e cidadania para lideranças comunitárias e cidadãos em todas as unidades do CIC. (CAMPOS, 2014, p. 55)

Vislumbra-se nessa ação estatal a busca pelo empoderamento dos cidadãos com o conhecimento de seus direitos, bem como seus deveres, além de respeito mútuo e o debate sobre direitos humanos, o que proporciona o exercício ativo das liberdades e o reconhecimento de limites no exercício desta liberdade. Ademais, essa perspectiva possibilita a prevenção de crimes de maior potencial, como agressões físicas ou até mesmo homicídios. Muitas situações conflituosas quando não resolvidas tendem a se exasperar, podendo tornar-se conflitos de natureza mais grave passando, então, a atos de violência psicológica e física.

Quando um membro da comunidade, escolhido pelas partes, participa como Mediador do processo de resolução de conflito, sempre se pautando pela viabilidade do diálogo, as partes conseguem alcançar o real problema do litígio, conhecendo a realidade de forma mútua, evidenciado a verdade em uma plena busca pelo consenso e pela tolerância.

Na mediação comunitária não somente as partes são alcançadas, mas os grupos agressores cedem à intolerância, haja vista o conhecimento do método da mediação nas ações cotidianas e a sua aplicação, bem como a repercussão dos efeitos desta na sua vida. Assim, os intolerantes dão espaço ao diálogo e através do mediador tendem a dar abertura às vítimas para que se encontre o real problema e busquem o consenso em prol de uma convivência pacífica e ordenada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conquista da democracia em nada poderá influir se esta não for realmente vivenciada pelos cidadãos. Não somente a participação no Estado, mas a necessidade de se autogovernar, exercendo seus direitos e liberdades de forma responsável, dentro dos limites constitucionais e cumprindo com seus deveres. A necessidade de um ente no qual se delegue a competência para resolução de conflitos bem como efetivação dos direitos, permite o enfraquecimento da democracia bem como dá margem que déspotas criem o ambiente ideal para instalação de ditaduras e governos despidos de senso de participação popular.

O exercício destas liberdades por sua vez não pode ser nefasto ao próprio sistema democrático, desencadeando manifestações nocivas aos próprios indivíduos e a estrutura política implantada. O discurso do ódio, entendido como manifestação do pensamento que incita a violência contra grupos vulneráveis, é exercício da liberdade de expressão que se baseia em elemento colhidos da história e repercutidos de forma inadequada, sem possibilidade de conhecimento da verdade, construindo-se juízos ultrageneralizados negativos que se exaram como preconceitos, dando margem a discriminação e atos de racismo.

A proposta democrática não condiz com essa atitude. O liberalismo pregado nos quatro cantos defende, sim, a necessidade de intervenção mínima do Estado, mas não se pode admitir a intolerância como parte deste sistema, haja vista o principal objetivo de a vida em sociedade ser a convivência pacífica e ordenada.

De tal sorte que o Estado, como garantidor, dos direitos fundamentais, deve assegurá-los, através de um mínimo substancial para que a real democracia aflore e todos os indivíduos que a compõe

participem livres e de forma igualitária. Essa garantia estatal não consegue se perfazer no mundo hodierno sem que o próprio indivíduo tome seu assento com sujeito de direitos e deveres, reconhecendo seu papel principal na sociedade e avocando ações que lhes são inerentes.

O poder de auto tutelar-se é exercício de democracia pois converge para a liberdade de dispor de sua vontade de forma autônoma e independente, possibilitando maior efetividade das decisões haja vista sua forma independente e autônoma de adimplir o acordo si próprio construído. Nesta perspectiva, diante da autocomposição, os indivíduos não necessitam do Estado para ditar comportamentos, apenas para assegurar, agora sim, como verdadeira última instância os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna.

A mediação emerge, então, como instrumento a disposição do indivíduo que busca resolver seus conflitos sem necessidade de intervenção do Estado e consistente na independência e autonomia da vontade, cabendo a um terceiro imparcial, o mediador, a missão de facilitar o diálogo entre as partes, oportunizando que eles mesmos encontrem a resposta para a resolução de seus conflitos.

Em igual medida os conflitos de ódio, guardam guarita como objeto de tratativa da mediação. Entretanto, a perspectiva abordada nos conflitos de ódio ganha modalidade diversa da singular, haja vista a própria natureza do litígio, pois os elementos do conflito são constituídos em premissas históricas, sociais, econômicas, culturais, étnicas, religiosas, entre outras que ensejam pelos agressores justificada razão para o ataque.

Assim, a Mediação Comunitária repercute difundido o empoderamento dos cidadãos de seus direitos, bem como o conhecimento da realidade ao seu redor, através de um trabalho voltado para a valorização da independência e da autonomia da vontade, consubstanciada nas práticas

da mediação e construída de forma coletiva, trabalhando não o problema, mas as pessoas para estas possam transigir e compor autonomamente, buscando o diálogo para a formação do consenso.

Não só hábil para solucionar os conflitos de ódio, mas a Mediação Comunitária é instrumento para a busca da tolerância e a da verdade, possibilitando a criação de um espaço público de ideias de forma livre e igualitária, com participação de todos e destituindo os preconceitos do seio da sociedade através do próprio cidadão que se torna ator principal da comunidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. In: CHAI, Cássius Guimarães. **Mediação Comunitária**. São Luiz: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/ Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014, p. 45-52.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wanberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes. A mediação de conflitos no contexto comunitário. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 21-35.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em 09 de novembro de 2015.

_____. **Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em: 10 de julho de 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Elogio a serenidade e outros escritos morais**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011.

CAMPOS, Tatiana Rached. A mediação de conflitos nos centros de integração da cidadania. In: CHAI, Cássius Guimarães. **Mediação Comunitária**. São Luiz: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/ Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014, p. 45-52.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: Elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2010.

FISHER, Roger; URY, Willian. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Tradução Ricardo Vasques Vieira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história**. Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Victor Civita, 1983.

MORAES, Filomeno. **Contrapontos: Democracia, República e Constituição no Brasil**. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

Como citar: CARCARÁ, Thiago Anastácio; MAIA, Clarissa Fonseca Maia. Democracia Democracia e conflitos de ódio: busca pela convivência pacífica através da mediação comunitária. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.225-247, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p225. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 30/05/2017

Aprovado em 09/10/2017

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

OBJECTIVE GOOD FAITH AS A
DENSIFIER OF HUMAN DIGNITY IN
BUSINESS RELATIONS

Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo*
Roberto Wagner Marquesi**

Como citar: LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189.

* Mestre em 2017 em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito em 2014 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC). Email: anapaula.ruiz@hotmail.com.

** Doutor em Direito Civil em 2012 pela Universidade de São Paulo (UEL). Mestre em Direito Negocial em 1997 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: wagnermarquesi@uol.com.br.

Resumo: Os percursos pelos quais a sociedade se desenvolve determinam os rumos que as ciências jurídicas deverão tomar por norte. A dignidade da pessoa humana foi elevada como fundamento da República e, ocupando tão alto patamar, impactou todas as relações sociais. Ordenou ela o ajuste dos preceitos e institutos do ordenamento jurídico a esse novo arquétipo e cristalizou como elemento central da ordem jurídica brasileira a pessoa humana. As relações negociais, reguladas originalmente pelo Código Civil, também devem adequar-se aos

mandamentos irradiados da Constituição. Neste sentido, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, a presente investigação tem como objetivo a demonstração da boa-fé objetiva como instrumento densificador da dignidade humana nas relações negociais. A fim de alcançar tal escopo, primeiramente, examina o princípio constitucional, especialmente com o intuito de especificar seus elementos mínimos essenciais, catalogando-os em valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade. O estudo do princípio negocial da boa-fé objetiva também impende necessária abordagem, é o que se realiza em seguida, esmiuçando suas características elementares e sua atuação na prática negocial por meio de suas funções de interpretação, de limitação ao exercício abusivo dos direitos subjetivos e de criação dos deveres de conduta de proteção, lealdade e esclarecimento. Demonstra, em última análise, a boa-fé objetiva concretizando, por meio de suas funções, cada um dos elementos da dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. Dignidade Humana. Boa-fé objetiva. Relações Negociais.

Abstract: The paths by which society advances determines the direction, as if it were a compass, of where legal sciences should follow. Concurrently, the dignity of the human person was elevated to a founding principle of the

Republic and, as such, influenced all social interactions. Consequentially, legal provisions and institutes were modified to welcome this new archetype, which crystallized the human person as the central element of the Brazilian legal system. Business relations, originally regulated by the Brazilian Civil Code, also had to conform to the new constitutional commandment. In this context, using the hypothetical-deductive method, this research demonstrates objective good faith as a densifying instrument for human dignity in business relations. In order to reach such a scope, this paper first examines this constitutional principle – specifically with the purpose of defining its essential minimum elements and cataloging them in an intrinsic value of equality, freedom and solidarity. This research also analyzes the principle of objective good faith from the context of business practices. Sequentially, this study explores its elementary characteristics and its use in negotiating practices from the perspective of its functions in interpretation, as it helps limit the abusive use of the rights and creates duties of conduct in order to safeguard protection, loyalty, and clarification. Finally, this paper ultimately demonstrates that objective good faith materializes, through its functions, every element pertaining to the dignity of the human person in business relations.

Key words: Civil-constitutional law. Objective good faith. Human dignity. Business relations.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A promulgação da Constituição de 1988 ocasionou a necessidade de releitura dos institutos e preceitos jurídicos, da seara pública e privada, a fim de que sejam aplicados em consonância com os princípios constitucionais arrolados como fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido pelo legislador constituinte como fundamento da República, insculpido no artigo 1º, inciso III, e, por tal razão, informa todo o ordenamento jurídico.

A boa-fé objetiva é um princípio do direito privado fundado na ideia da eticidade, porque representa um ideal de conduta a ser praticado nas relações interpessoais, notadamente nos negócios jurídicos. Como princípio de natureza ética, apresenta ela conexão com o princípio cardeal da dignidade da pessoa, albergado em sede constitucional e que permite ao sujeito uma condição de asseguramento dos anseios básicos.

Como se tratam de conceitos jurídicos indeterminados e de conteúdo axiológico, tem-se a dificuldade de realizar efetiva definição e conceituação do que seja dignidade da pessoa humana e boa-fé, tarefa de competência dos operadores do direito. Sobre o assunto muito se discute sem que se alcance um consenso, até mesmo porque tal façanha não seria possível, uma vez que seus significados e consequentes meios de concretização se alteram ao longo do tempo e espaço.

Por tal razão, mencionados princípios têm sido analisados pela técnica da seleção ou levantamento de seus conteúdos essenciais, verificando os elementos fundamentais pelos quais se manifestam. Observar-se-á isso com a dignidade da pessoa humana, recortando os conteúdos mínimos nos quais se materializa, e, igualmente, acontecerá com boa-fé, inspecionando suas funções e irradiações.

A investigação proposta tem por escopo, portanto, desvelar os papéis que a boa-fé objetiva pode desempenhar na efetivação do cânone da dignidade da pessoa nas relações negociais e, consequência disso, de seu desenvolvimento como ser individual e social, residindo a problemática central da pesquisa no seguinte questionamento: a boa-fé objetiva é instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais?

Ao final, será comprovada a hipótese de que a boa-fé densifica a dignidade do sujeito nas relações negociais, porque, mantendo o homem no centro da relação jurídica, com a efetiva consideração das atitudes éticas, probas e leais entre os contratantes, possibilita a realização do homem nas dimensões nas quais a dignidade da pessoa humana se manifesta, como a liberdade, igualdade, solidariedade e o seu valor intrínseco.

Justifica-se o presente estudo em razão da densidade dos respectivos princípios, objeto em apreço, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pela utilização deles – por vezes inadequada – pelos estudiosos das ciências jurídicas, podendo-os levar à banalização. A pesquisa será desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo, com investigações teóricas em doutrinas e análises de leis específicas, principalmente Constituições e Códigos Civis.

Adotar-se-á, para a comprovação presente hipótese, a divisão do estudo em três capítulos. O primeiro abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, o segundo se destinará à análise do princípio negocial da boa-fé objetiva e o terceiro demonstrará a boa-fé concretizando a dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

Compreender a forma pela qual o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado pelo constituinte brasileiro é requisito

essencial para entender o modo de operação de todo o ordenamento jurídico. Por isso, como ponto de partida, elege-se a sua apreciação. O desafio nesse capítulo residirá em conceituar e delimitar a dignidade humana. Tal façanha será realizada por meio do que será denominado “recortes dos elementos mínimos da dignidade”, momento em que será exposto o desdobramento do princípio constitucional nos subprincípios do valor intrínseco, da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

A segunda parte da pesquisa apresentará a boa-fé objetiva, exibindo-a como princípio ético de presença obrigatória nas relações negociais. O discurso, nesse passo, será realizado mediante a reflexão dos preceitos da boa-fé objetiva por meio de suas funções, e consequentes categorias, expressas no Código Civil brasileiro, quais sejam a de interpretação, positivada no art. 113, a de limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos, consolidada no art. 187, e a de criação de deveres de conduta, consubstanciada no art. 422.

A dignidade da pessoa humana se manifesta quando todos os seus elementos coexistem harmonicamente nas relações sociais. Igualmente se manifestará nas relações negociais por meio da boa-fé objetiva, que solidificará cada um dos elementos supracitados.

A boa-fé objetiva concretizará a dignidade humana nos seus elementos mínimos. À comprovação dessa hipótese se destinará a construção do terceiro capítulo, que será realizado por meio do encadeamento dos elementos apresentados como recortes mínimos da dignidade do homem, quais sejam o valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade, com os elementos irradiados do conceito da boa-fé objetiva e de suas funções de interpretação, de proibição do exercício dos direitos subjetivos de modo abusivo e respectivas categorias, e de criação de deveres de conduta, enumerados como de proteção, lealdade

e esclarecimento.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares sobre os quais, segundo a Constituição de 1988, está edificada a República Federativa do Brasil. Consequência disto é que todos os direitos e interesses que compõem a noção de dignidade gozam de proteção constitucional.

Conceito multifacetado, a compreensão da dignidade da pessoa humana deve ser elaborada de acordo com o ambiente e o tempo em ela se situa no momento da interpretação. Por isso sempre se mostrou intensa a discussão sobre quais elementos a compõem em sua integralidade, a fim de que fosse possível uma conceituação que valesse universalmente, na ambição de alguns¹, ou que se restringisse ao âmbito interno no qual se insere, no pensamento de outros². Mas, afinal, em que consiste a dignidade da pessoa humana?

Dois caminhos para a construção conceitual da dignidade da pessoa humana podem ser escolhidos. O primeiro a aceitará em sua conotação máxima, abarcando todos os elementos que possam ser dignos de proteção. Particularmente, esse caminho se demonstra tortuoso: “[...] implica o sempre suscitado risco de trivializar³ a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção.” (ALEXY, 2006, p. 454). O segundo caminho, por sua vez, construiria a noção de dignidade da pessoa humana se apoiando apenas em alguns direitos fundamentais específicos, impossibilitando, assim, os passos tortos que a levariam à

1 Neste sentido, ver: BARROSO, 2016.

2 Neste sentido, ver: SARMENTO, 2016.

3 No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 84): “[...] uma vez que a noção é amplíssima pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação”.

trivialidade ou à injustiça de não tutelar alguns casos também dignos de proteção, abarcando-os nos elementos básicos tidos como essenciais.

Impõe-se, portanto, empenho fundamental o refinamento do princípio da dignidade em seu conteúdo mínimo, em subprincípios essenciais que a compõem. Dessa forma, a fim de esculpir o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana neste trabalho, com o objetivo de, posteriormente, relacionar seus elementos com o princípio negocial da boa-fé, comprovando a hipótese de que a dignidade pode ser concretizada nas relações negociais por meio do princípio negocial, ela será apresentada como valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade.

1.1. VALOR INTRÍNSECO

O primeiro componente do princípio da dignidade humana consiste no valor intrínseco da pessoa. Trata-se de premissa para a averiguação dos outros conteúdos do princípio o delineamento do que seja esse valor inerente de cada ser humano. É o que se fará.

Immanuel Kant (2011, p. 73) determinou que as pessoas, seres dotados de razão, devem agir de acordo com o imperativo categórico. Nesta perspectiva, assim impôs sua máxima: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio”, consagrando a ideia da dignidade humana como um princípio universal. Para ele, a qualidade de ser racional do homem permite que este haja conforme a lei moral estabelecida em seu imperativo categórico, qual seja, trate a humanidade sempre como um fim em si mesma e nunca apenas como um meio para alcançar outros objetivos. Consequência lógica deste pensamento repousa na afirmação de que as pessoas, fins

em si mesmas, divergem-se das coisas, que são utilizadas como meios para atingir algum fim.

O caráter universal da dignidade humana como valor intrínseco do ser humano impossibilita seu tratamento desumano ou degradante. Ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana é materializada quando se tutelam os interesses existenciais, notadamente os que decorrem dos avanços tecnológicos e biotecnológicos. No entanto, multifacetada, a dignidade humana impõe para a sua compreensão a contemplação de outros conteúdos além do valor intrínseco do ser humano, como a igualdade.

1.2. IGUALDADE

A já destrinchada máxima kantiana, que ressalta a dignidade como valor intrínseco de toda pessoa humana pelo simples fato de ser dessa espécie, identicamente prescreve que todo indivíduo, dotado de dignidade por ser capaz de agir moralmente e por isso fim em si mesmo, deve respeitar a dignidade das demais pessoas igualmente dignas.

A igualdade repousa no princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que a garantia da isonomia entre os seres humanos, principalmente no que tange à coibição de tratamento discriminatório e arbitrário, constitui pressuposto fundamental para a defesa da dignidade (SARLET, 2015, p. 132).

Preliminarmente, o direito à igualdade surgiu em sua acepção formal, qual seja, aquela que assegura o tratamento igualitário das pessoas perante a lei, modalidade que vigorou fortemente no Estado Liberal (AMARAL, 2013, p. 33). Contudo, no Estado Social, essa espécie de igualdade era insuficiente para atingir o objetivo desejado,

equivalente em proibir a concessão de privilégios e a imposição de prejuízos de forma discriminatória. Por esta razão, visualizou-se a adoção da igualdade em outra vertente além da formal, identicamente essencial para a consecução dos fins almejados: a igualdade substancial, manifestando a imprescindibilidade de se tratar as pessoas, na medida de suas desigualdades particulares, desigualmente⁴ (FACHIN, 2012, p. 283), já que, existindo desigualdade de fato entre os indivíduos, tratá-los com paridade significaria privilegiar e promover a própria desigualdade.

A Constituição Federal de 1988 é profundamente empenhada com o direito à igualdade. Não à toa, o cuidado com a isonomia foi introduzido como princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5^o da Constituição Federal de 1988. Peculiarmente, divergindo de outros documentos nos quais o direito à isonomia figura como princípio, o legislador constituinte brasileiro da atual Constituição não se limitou apenas a confirmar a igualdade formal, mas atentou, além disso, para o princípio da igualdade em sua acepção substancial⁶ (VIEIRA, 2006, p. 287). Tanto é que a condição de isonomia entre as pessoas figura em duas oportunidades no *caput* do dispositivo citado.

Isto é, não se alude apenas à igualdade formal, na qual se considera que todos possuem as mesmas condições perante a lei, mas também à igualdade substancial (ou material), pela qual, quando observadas desigualdades entre as pessoas, desigualmente também

4 José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 341-342) alertam que a igualdade em sua vertente material consiste na realização da função social da igualdade: “A obrigação de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades significa que o princípio da igualdade tem uma função social, o que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar a igualdade jurídico-material”.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

6 Igualmente o fez a Constituição italiana de 1947: “Art. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei [...]”.

deverão ser tratadas, respeitando suas diferenças, porque não possuem as mesmas qualidades, características ou condições (MORAES, 2010, p. 121).

Ao lado do valor intrínseco da pessoa humana e da igualdade formal e substancial que deve existir entre os sujeitos de uma sociedade, a dignidade também contempla em seu conteúdo mínimo o princípio da liberdade, que será examinado a seguir.

1.3 LIBERDADE

Afirma-se que, dentre tantas características do ser humano, a conduta em si acaba determinada pelo modo como a sua liberdade é entendida. A autonomia como o elemento da dignidade humana, aqui abordada, é a autonomia da pessoa, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade, àquela parte que não pode ser alcançada pelas leis morais da sociedade. Vê-se a liberdade, então, como conceito que contempla dois aspectos: um mais amplo, no qual poderá sofrer restrições de forças externas, e outro consistente em seu núcleo, a própria autonomia, que “é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras.” (BARROSO, 2016, p. 82).

A respeito do núcleo da liberdade inatingível por intromissões alheias – seja de outro homem, seja do Estado – e do elemento da liberdade que pode sofrer restrições, Ronald Dworkin (2009, p. 471) construiu a teoria da liberdade na qual distingue dois termos: *freedom* e *liberty*. *Freedom* consistiria na liberdade que poderá sofrer ingerência do governo, como, por exemplo, limitações em razão da supremacia do

interesse público sobre o interesse privado. *Liberty*, por sua vez, seria o núcleo essencial da liberdade, não podendo, de forma alguma, sofrer quaisquer tipos de restrições.

Consagra-se o princípio da liberdade como a terceira substância da dignidade da pessoa humana, verificado na autonomia do sujeito, isso porque o exercício da dignidade humana exige a defesa e concretização da liberdade, pela qual o ser humano escolherá os caminhos por onde deseja trilhar sua existência (MORAES, 2010, p. 135).

1.4 SOLIDARIEDADE

A dignidade humana se apresenta de maneira completa quando todos os seus elementos coexistem de forma harmônica nas relações sociais: o ser humano, detentor de valor intrínseco, é livre para atuar conforme bem entender com o objetivo de se autodeterminar, desde que seja solidário com os outros indivíduos, reconhecendo neles igual valor, assim “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2010, p. 138).

Premissa para o desenvolvimento do ser humano como tal é o seu convívio com seus semelhantes. E é por isso que se traduzem como imprescindíveis à dignidade os elementos de igualdade e solidariedade ao lado da liberdade. É a solidariedade, aliás, o elemento capaz de viabilizar a existência dos outros dois preceitos que não são intrínsecos ao ser humano – a igualdade e a liberdade –, o que possibilita a coexistência entre os três, a fim de promover a própria dignidade da pessoa humana. Isso

porque as condutas adotadas, unidas por valores solidários, acarretam a realização de condutas igualitárias que, por sua vez, permitem que a liberdade individual não seja exercida de forma a constringer a dignidade de ninguém.

Em síntese, “a solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social” (COMPARATO, 2015, p. 79).

O Estado Democrático Brasileiro de Direito tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a solidariedade social e apresenta como meta principal a redução das desigualdades sociais e regionais, com o intuito de corrigir as desigualdades existentes entre as regiões do país, possibilitando, com isso, a concretização dos princípios fundamentais acima mencionados (MORAES, 2010, p. 136).

A solidariedade, nesse sentido, vigora como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, tal colocação vem a significar que ela, dona desta qualidade, deve ser concretizada. Ademais, é solidariedade que reconhece os direitos sociais como essenciais para a vida digna daqueles que não possuem recursos próprios para custear matérias básicas como saúde, moradia e educação, com o objetivo de que se promova o amparo e proteção do ser humano (COMPARATO, 2015, p. 79).

Na esfera privada, a adoção da solidariedade social como princípio fundamental impôs o abandono da visão individualista que era garantida aos atores civis. Essa transformação da perspectiva egoísta para a solidária culminou na própria alteração do direito civil, voltado, agora, não somente para possibilitar a realização de interesses patrimoniais e existenciais dos indivíduos, mas, igualmente, com a pretensão de, atuando

à luz do princípio constitucional da solidariedade – e da dignidade humana⁷, “querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social” (MORAES, 2001, p. 185).

Desse modo, iluminadas pelo princípio constitucional da solidariedade, todas as relações negociais devem ser realizadas de modo cooperativo, agindo com especial cuidado com aquele com quem contrata, bem como evitar que recaiam sobre terceiros possíveis danos sobrevindos do negócio.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé, desde seu reconhecimento, tem sido objeto de análise doutrinária. Postulado ético, ela sofreu, sofre, e sofrerá inúmeras alterações na esteira dos anos, vez que a ética se altera juntamente com a mutação das épocas e espaços sociais, razão pela qual, ainda que amplamente estudado, e difundido o conceito de boa-fé, seu conteúdo, suas funções e irradiações e a sua aplicação na práxis social, tem lugar a sua apreciação no ambiente negocial hoje esculpido.

No ambiente nacional, a boa-fé apareceu timidamente no Código Civil de 1916, apenas para figurar em situações de subjetividade, nas quais a baliza ética a conduzir as partes em suas relações era meramente psíquica. Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor que ela encontrou espaço para proliferar. A Lei de 1990 concebeu a boa-fé como princípio a permear todas as relações consumeristas.

⁷ Assim, “[...] passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social.” (FACHIN, 2012, p. 15).

Sua atuação ganha força no Código Civil de 2002, diploma que promove a observância da boa-fé em 55 dispositivos que contemplam diversas matérias como posse, propriedade, seguro, tutela, pagamento, casamento, obrigações, etc.

A incorporação do escopo ético da boa-fé nas legislações teve como consequência o nascimento de relações negociais saudáveis, nas quais se passou a considerar os contratantes como partes colaboradoras para a consecução de um mesmo fim desejado pelos negociantes, e não mais como polos antagonísticos de uma negociação.

As cláusulas gerais⁸ de boa-fé presentes no Código Civil de 2002 representam possivelmente as de maior extensão e aplicabilidade na práxis. Em razão da cláusula geral constante no art.113 do CC, a boa-fé é idealizada como instrumento interpretativo de todos os negócios jurídicos entabulados. Similarmente ocorre com a cláusula geral do art. 187, segundo a qual quem exerce seus direitos subjetivos, excedendo manifestamente os limites impostos pela boa-fé, comete ato ilícito, podendo em vista disso, ser civilmente responsabilizado. Além dessas, encontra-se ainda a cláusula geral que obriga os contratantes a guardar os princípios da probidade e boa-fé nas etapas de realização do contrato, constante no art. 422 do CC⁹.

A boa-fé objetiva é tomada como um padrão de conduta, um modelo de comportamento que os negociantes devem adotar antes,

8 Cláusulas gerais, de acordo com Francisco Amaral (2014, p. 90) “[...] são enunciados jurídicos de conteúdo variável, noções indeterminadas a precisar pelo juiz em cada caso.”.

9 No entanto, convém mencionar, que é a própria elasticidade das cláusulas gerais em que a boa-fé figura como protagonista o seu maior inconveniente. Em razão de seu âmbito de atuação vastíssimo, qual seja, a sua utilização demasiada em hipóteses fáticas pode ensejar sua desvalorização pela incongruência da aplicação ao caso concreto. Isso porque o teor ético da boa-fé objetiva pode ser visualizado tanto como virtude quanto como origem de sua fragilidade (SCHREIBER, 2005, p.5), vez que a amplitude deste componente ético, consolidado na positividade de uma cláusula geral – também arquetizada com a intenção de permitir amplitude em sua interpretação, alcance e aplicação –, tende a propiciar dificuldade em sua apreciação de maneira concreta.

durante e após a negociação (MARTINS-COSTA, 1999, p. 124), comportamento esse “caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte” (ROSENVALD, 2005, p. 80).

É nesta acepção objetiva que a boa-fé se faz notar de maneira concreta. Isso porque deve ultrapassar as fronteiras internas e psicológicas do agente e saltar em direção às atitudes realizadas. Deve ser vista a olho nu nos dispositivos contratuais, eis que a boa-fé comportamento não leva em conta a intenção do agente, seu propósito ou motivação, o que vale dizer que em seu conceito não ingressam fatores psíquicos, o que a diverge da acepção subjetiva. Ou seja, ela se exhibe como “uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.” (REALE, 2003).

Nesse panorama, a concepção da boa-fé que importa de fato para a concretização de condutas éticas na prática negocial é a objetiva. Convém dizer que é em razão da aplicação das funções da boa-fé que ela se concretiza, já que são elas os ambientes sólidos pelos quais se pode visualizar a aparição das regras de retidão impostas aos agentes negociantes. Quer dizer: os espaços ocupados pela boa-fé objetiva nas relações negociais são demarcados por suas funções, que vêm decompostas em função de interpretação (art. 113 do CC), função de limitação de exercício dos direitos subjetivos (art. 187 do CC) e função de integração ou de criação de deveres de conduta (art. 422 do CC) (MARTINS-COSTA 2002, p. 199).

2.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA

A primeira função da boa-fé objetiva, seguindo a linha topológica traçada pelo legislador civilista brasileiro, é a função interpretativa, disposta no art. 113, pela qual a interpretação das relações negociais levadas à apreciação pelo magistrado deverá se ater aos ditames da boa-fé.

Considerando a função de interpretação do negócio jurídico em consonância com os preceitos da boa-fé objetiva, as cláusulas definidas pelos negociantes deverão ser interpretadas de modo a compatibilizar-se com os princípios do ordenamento jurídico em geral, com o objetivo de se proceder uma interpretação unitária. Essa função, em suma, consiste na ideia de que, ao realizar a interpretação e definir a abrangência das disposições elaboradas pelas partes, o magistrado leve em consideração a intenção real e comum das partes na realização do negócio jurídico¹⁰ em consonância com sistema jurídico, atendendo aos seus preceitos fundamentais.

2.2 FUNÇÃO LIMITADORA DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A segunda função da boa-fé objetiva diz respeito à limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos de que os sujeitos negociantes são titulares. Determinada pelo art. 187 do CC, esta função exerce verdadeira limitação à autonomia da vontade, com fundamento no dever de se agir dentro das delimitações impostas pela boa-fé.

O abuso do direito pode ser entendido como a prática do direito subjetivo que manifestamente excede os limites impostos pelo

¹⁰ Dispõe o art. 112 do Código Civil: “[...] nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O princípio negocial aparece, deste modo, como o verdadeiro critério para a identificação de prática abusiva no exercício dos direitos subjetivos no campo das obrigações, pois os atos assinalados como de abuso do direito são aqueles que violam o dever de agir conforme os padrões de lealdade e confiança (NORONHA, 1994, p. 175).

Examinando a teoria do abuso dos direitos subjetivos, António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (1984, pp. 719-860) criou uma categorização, assim apresentada: a) desleal exercício de direitos; b) desleal não-exercício de direitos; e c) desleal constituição de direitos.

A categoria do desleal exercício dos direitos subjetivos caracteriza-se com a atitude de seu titular no âmbito formal da permissão descrita nos direitos objetivos que os constituem, mas ele não atua para retirar qualquer benefício pessoal, porém para causar dano a outrem, contrariando, naturalmente, a confiança nele depositada pela outra parte. Esse exercício pode ocorrer por meio de duas espécies de atos que contrariam a boa-fé: *dolo agit qui petit quod redditurus est* e o exercício desequilibrado do direito (CORDEIRO, 1984, pp. 851-860).

Aquele que solicita algo que em seguida terá que restituir age com dolo. É o que significa a expressão *dolo agit qui petit quod redditurus est*. Este comportamento contraria a boa-fé e configura abuso do direito (CORDEIRO, 1984, p. 156).

Também exerce deslealmente seu direito subjetivo aquele que o exercita de modo a configurar um desequilíbrio entre o direito e os efeitos dele derivados, pois os efeitos resultantes dos direitos subjetivos devem estar em harmonia com o seu desempenho (CORDEIRO, 1984, p. 859).

Acrescenta-se, aqui, a recente figura do *duty to mitigate the loss*, não contemplada pela categorização de António da Rocha Menezes

Cordeiro (1984). Importada do direito anglo-saxão, essa vertente da boa-fê objetiva impõe ao credor um dever, qual seja o de diminuir o próprio prejuízo quando inadimplente o devedor. De fato, a parte prejudicada, no caso o credor, não pode quedar inerte enquanto seu prejuízo aumenta. Se existe a possibilidade de ao menos atenuar o próprio prejuízo, deverá o credor tomar providências para isso (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 301).

A segunda categoria é a do desleal não-exercício de direitos. Aqui, agirá de maneira abusiva o titular que deixar de efetivar o seu direito, acarretando na outra parte a confiança de que não o fará. Assim, caso ele exerça o seu direito, a despeito da certeza acometida na outra parte de que não o efetivaria, incorrerá na prática abusiva, em razão de seu comportamento contraditório, pois “a passividade pode levar à perda do direito. O exercício é então um ônus.” (ASCENSÃO, 2002, p. 291). São quatro as hipóteses de acontecimento do desleal não-exercício de direitos: *venire contra factum proprium*, *surrectio* e *supressio* e inalegabilidade de nulidades formais (CORDEIRO, 1984, pp. 742-836).

Na espécie *venire contra factum proprium*, o comportamento contraditório tem lugar quando o contratante, tendo adotado uma prática costumeira com a contraparte, põe-se a adotar prática diversa, sem antes convencionar com o outro a alteração (MARQUES, 2006, pp. 222 – 224). O *venire* gera dois efeitos, a *supressio* e a *surrectio*¹¹ (CORDEIRO, 1984, p. 797). O primeiro, entendido como perda ou supressão, significa que, tendo as partes adotado um costume, não poderão suprimi-lo senão consensualmente (FARIAS, 2013, p. 66). No exemplo acima referido, para o locatário suprimiu-se o direito de pagar o aluguel em seu próprio domicílio. A segunda é o efeito contrário e, no exemplo, significa o direito

11 V Jornada de Direito Civil - Enunciado 409. Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fê e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

que o locador adquiriu de receber em seu próprio domicílio.

Por fim, existe a figura da inalegabilidade de nulidades formais a fim de se evitar o abuso do direito. Quando houver a constatação de uma nulidade decorrente de formalidade solene estabelecida pelas partes, ela deverá ser invocada, pois, “não há como fugir da boa-fé quando a parte que poderia invocar a nulidade de forma consente no adimplemento.” (NORONHA, 1994, p. 188).

Vale dizer: age contrariamente à boa-fé aquele que deixa de exercer seu direito subjetivo, de modo a depositar na outra parte a confiança de que o não-exercício seria mantido. Quem quebra essa confiança, como se viu, exerce seu direito de forma desleal.

Por fim, a constituição desleal de direitos figura quando uma pessoa rompe com a confiança da outra de modo a adquirir contra ela um direito (NORONHA, 1994, p. 177). A modalidade em que ela se materializa é o *tu quoque*. Essa categoria funda-se na ideia de não ser justo que o contratante cumpra sua prestação se o outro não cumpriu a própria (CORDEIRO, 1984, p. 837).

O princípio em apreço reside no art. 476 do CC, graças ao qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o adimplemento da do outro”. Prevê o dispositivo as figuras da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido)¹² e da *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de contrato mal cumprido).

A possibilidade de o devedor recusar a prestação que lhe cabe, quando a contraparte não cumpriu a sua, é sintomática do matiz ético

12 Também prevista no direito italiano: *Art. 1460 Eccezione d'inadempimento. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).*

da boa-fé objetiva. O contrato bilateral é uma troca de valores. São celebrados para que as partes atinjam determinado bem da vida. Não se afina com a ética poder uma das partes atingir seu escopo à custa da outra, sem cumprir a expectativa desta.

2.3 FUNÇÃO INTEGRATIVA OU CRIADORA DE DEVERES DE CONDUTA

A função de integração do negócio jurídico é a atividade pela qual se preenchem os espaços existentes nele. Assim, quando o negócio for submetido ao ato de interpretação e o intérprete não conseguir vislumbrar norma adequada para permear a lacuna existente, recorrerá ao processo de integração, preenchendo-a com normas da lei ou dos usos e costumes (AMARAL, 2014, p. 465). O princípio da boa-fé promove esta integração por meio da criação dos deveres de conduta, que figuram como deveres obrigatórios do negócio ao lado de seus deveres centrais, objeto da negociação.

O contrato, portanto, deixa de possuir apenas a obrigação central, tendo seu objeto ampliado por força da boa-fé (NEGREIROS, 2006, p. 155-156). Sendo verdadeiro que, caso sejam descumpridos, ainda que a obrigação nuclear tenha sido satisfeita, haverá o inadimplemento obrigacional, por via da chamada violação positiva do contrato (CORDEIRO, 1984, p. 594).

Selecionou-se, por se apresentar mais prática e abrangente, a partição apresentada por António da Rocha Menezes Cordeiro (1984, p. 604), que os expõe de maneira tripartida em: deveres de proteção, impondo às partes a obrigação de evitar que sejam infligidos danos mútuos; deveres de esclarecimento, pelo qual as partes devem se informar

mutuamente acerca de todos os aspectos atinentes ao vínculo; e deveres de lealdade, que obriga as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo da obrigação ou desequilibrar as prestações nela consignadas.

Por força dos deveres anexos de proteção, os contratantes devem dispensar uns aos outros, no curso de todas as etapas da obrigação, cuidados que lhes evitem a percepção de danos (CORDEIRO, 1984, p. 604). Impõe-se aos contratantes a adoção de medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte alcance danos ao seu patrimônio (dano patrimonial) ou à sua pessoa (dano físico ou dano extrapatrimonial) (MARQUES, 2006, p. 239). Os deveres de proteção seriam, “em última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante.” (ROSENVALD, 2005, p. 81).

Os deveres anexos de esclarecimento obrigam as partes a informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, em todas as etapas, seja nas tratativas negociais, na execução do contrato, seja na etapa pós-contratual, no que se refere a todas as consequências que da execução contratual possam advir (CORDEIRO, 1984, p. 605).

Age com lealdade aquele que, na pendência contratual, se abstém de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações nele consignadas, devendo ser presente em todas as etapas da relação obrigacional (CORDEIRO, 1984, p.607). É a lealdade o mais imediato dever decorrente do princípio da boa-fé, pelo qual se visualiza um mandamento de cooperação recíproca que implica às partes a não agir com de modo a atingir a dignidade do outro contratante (ROSENVALD, 2005, p. 106). Entretanto, não apenas por meio do não-agir de maneira desleal configura a observância ao dever

de cooperação. Em sua atuação positiva, o dever de cooperação inflige à parte credora, por exemplo, o dever de renegociar as dívidas da parte devedora, em vista à manutenção da obrigação contratual de forma equilibrada (MARQUES, 2006, p. 198).

É a boa-fé objetiva, conforme determinação do art. 422 do CC, que empresta ao negócio jurídico os deveres de conduta, com o objetivo de que a obrigação seja cumprida de maneira honesta, íntegra, leal e transparente, visando à efetivação da cooperação entre as partes que não mais se polarizam antagonicamente na relação obrigacional, mas sim como parceiros que se empenham, de modo solidário, a alcançar o objeto almejado no negócio.

3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

Vários mecanismos legais existem para dar concretude à ideia de dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento do homem como ser individual e social. Um deles, a despeito de pouco debatido no ambiente do direito constitucional, é o da boa-fé contratual. Viu-se que o conceito tem múltiplas irradiações e que todas elas tratam de garantir um ideal de justiça na ambiência negocial. Ao mesmo passo foi observada a dignidade da pessoa humana no recorte de seus elementos mínimos.

Demonstrar-se-á, a seguir, a boa-fé objetiva como mecanismo para a concretização da dignidade da pessoa humana na esfera privada. E isso será feito correlacionando os preceitos da boa-fé com as dimensões da dignidade da pessoa humana, quais sejam: a atitude ética, honesta e proba, mandamento nuclear do princípio da boa-fé, e suas funções interpretativa, impedidora do exercício abusivo de direitos subjetivos e a criadora dos

deveres de proteção, lealdade e esclarecimento com os elementos da dignidade consistentes no valor intrínseco do ser humano, princípio da igualdade, princípio da liberdade e o princípio da solidariedade.

3.1 BOA-FÉ E VALOR INTRÍNSECO

Não haverá espaço para instrumentalização de nenhum dos sujeitos negociantes, eis que as relações privadas com raízes na boa-fé não admitem a adoção de condutas que levem em consideração o indivíduo em sua forma abstrata, sempre será considerado o sujeito concreto que possui, por sua qualidade de ser humano, valor intrínseco. As partes que figuram como contratantes possuem características individuais que devem ser apreciadas na realização do negócio, conduzindo a negociação a um equilíbrio em que ambas possam exercer a sua dignidade de maneira concreta nessa contratação.

A boa-fé, nas relações negociais, dignificará a pessoa humana por meio de sua função integrativa ou criadora de deveres de conduta, especialmente pelos deveres de proteção e lealdade, que determinam o respeito do valor intrínseco do ser humano nas relações obrigacionais.

O simples fato de o ser humano o ser, dá a ele o caráter de sujeito digno. Ele difere das coisas que possuem preço e que, por isso, podem ser instrumentalizadas e trocadas por outras de iguais características. Possui dignidade inerente, o que impede a sua simples utilização ao bel prazer do outro. Nas relações negociais, os deveres de conduta de proteção e de cooperação obstam a eventualidade da utilização do homem como se objeto fosse, dignificando o seu valor intrínseco.

O dever de proteção concretiza o valor intrínseco da pessoa humana ao impor aos contratantes a adoção de medidas que possam

evitar que a outra perceba danos ao patrimônio ou à integridade física ou psíquica, ou seja, ações que impeçam ou minimizem a percepção de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os deveres de proteção são os caminhos pelos quais a parte deve direcionar suas condutas em todas as etapas do negócio jurídico, exprimindo atitudes cuidadosas e a necessária estima que se deve ofertar ao seu semelhante.

A dignidade da pessoa humana, em seu elemento do valor intrínseco, também será concretizada nas relações negociais por meio do dever de lealdade. Abstendo-se da realização de comportamentos que falseiam ou possam falsear o verdadeiro intuito do negócio jurídico ou que possam desequilibrar as prestações nele consignadas. Em conformidade com esse dever, possibilita-se a consagração do direito à vida e à integridade psicofísica, especialmente nos negócios jurídicos existenciais, pois tal atitude implica num mandamento de cooperação recíproca, compelindo as partes a agir apenas de modo que não atinja a dignidade do outro contratante.

3.2 BOA-FÉ E IGUALDADE

A igualdade será enaltecida. A boa-fé em seu dever anexo de cuidado, com a sua função interpretativa e com a observância do sujeito em sua concretude, materializará nos negócios jurídicos a igualdade substancial, pois atitudes éticas, probas e honestas não permitem a consolidação de cláusulas negociais nas quais a liberalidade da vontade das partes acarrete cláusulas abusivas a ponto de culminar em situação de desequilíbrio contratual, especialmente na categoria que impede a desleal constituição de direitos, e da função de criação de deveres de conduta, principalmente em relação ao dever de esclarecimento, concretizará o

elemento igualdade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao romper a confiança do outro, adquirindo contra ele um direito, significa uma constituição desleal de direitos. Materializada no *tu quoque*, essa categoria funda-se na ideia de que não se pode permitir que a parte contratante solicite o adimplemento da outra sem que tenha adimplido a sua própria prestação consignada na obrigação contratual. Ao efetuar a cobrança, estaria desequilibrando a negociação, acarretando uma substancial desigualdade. A exceção do contrato não cumprido e a exceção do contrato mal cumprido, figuras originadas do *tu quoque*, asseguram que a igualdade substancial seja reestabelecida.

Também não se admitirá, em razão do princípio da igualdade substancial atuando nas relações privadas por meio da boa-fé, que o sujeito aja de forma discriminatória em suas contratações. O dever de proteção, irradiado da função integrativa do princípio negocial, traduz-se pelo indispensável cuidado e estima que a parte deve conceder ao seu semelhante. As pessoas são igualmente dignas, não importando cor, sexo, etnia, idade, opção sexual.

O dever de esclarecimento também concretizará o elemento igualdade nas relações negociais. Uma parte possui uma informação de que a outra parte necessita, o que as colocam em posições desiguais. Os contratantes, ao exporem todas as condições que permeiam a contratação, em todas as etapas do negócio, poderão alcançar o modelo de igualdade substancial que se irradia da Constituição para as relações privadas. Negociações transparentes permitem a real noção dos benefícios e dos prejuízos que dela possam advir. Cientes dos conteúdos das cláusulas contratuais, sem que nelas haja máculas e artimanhas construídas ou camufladas por alguma das partes, submetendo a outra a tomadas de atitudes de maneira equivocada, ensejam o valor da igualdade, no que

concerne à decisão de contrair ou não tal obrigação. Um exemplo está no contrato de compra e venda de automóvel que sofreu acidente e foi por isso reparado. Se o vendedor oculta essa informação, estará faltando ao dever de esclarecimento.

Em outra vertente do princípio da igualdade o dever de esclarecimento também age possibilitando sua materialização. Tratar desigualmente os desiguais configura a própria noção de igualdade material (FACHIN, 2012, p. 283). É dessa forma que o dever de esclarecimento é tratado pelo Código de Defesa do Consumidor, o código dos desiguais: positivado nos arts. 30 e 31, ele tem o condão de reestabelecer, pelo tratamento desigual, posta a qualidade do consumidor como sujeito vulnerável na negociação, a igualdade substancial dos contratantes, impondo ao fornecedor o dever de informar de forma ostensiva todas as características de seus produtos ou serviços, inclusive apresentando os riscos que possam oferecer à saúde e segurança dos consumidores.

Presentes proteção e transparência e ausente a possibilidade de uma constituição desleal de direitos nas relações negociais, a boa-fé atuará de modo a conduzir relações igualitárias, concretizando a dignidade da pessoa humana.

3.3 BOA-FÉ E LIBERDADE

A boa-fé atuará no sentido de promover liberdade da pessoa na esfera privada, especialmente por meio de suas funções de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, impedindo o abuso, e na criadora de deveres de conduta, pelos deveres de proteção, esclarecimento e lealdade.

Por meio da função de limitação do exercício abusivo dos

direitos subjetivos, a boa-fé agirá consolidando a já mencionada ideia de *freedom*, gerenciando o espaço de liberdade da pessoa que pode sofrer restrições a fim de que se possibilitem relações privadas confiáveis, nas quais não haverá espaço para o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Isso porque tal limitação possibilita o ajuste dos interesses privados aos influxos dos valores constitucionais.

O *Duty to mitigate the loss*, por exemplo, se apresenta como uma das abusividades no exercício do direito subjetivo da parte credora que se mantém inerte, postergando o ajuizamento da demanda, em face do inadimplemento do devedor, com o único intuito de lucrar com os encargos dele decorrentes. Ante o processo de filtragem constitucional do direito privado ou de sua repersonalização, tornou-se obsoleta a fórmula de que ao credor assiste simplesmente o poder de exigir a obrigação, cabendo somente ao devedor a obrigação do adimplemento. Hodiernamente, a obrigação deve ser vista como um processo em que ambas as partes possuem direitos e deveres, sendo a boa-fé objetiva o sol que deve irradiar todas as fases contratuais.

Os deveres de conduta que se irradiam da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva também concretizam a dignidade da pessoa humana, moldando a liberdade nas relações negociais. O sujeito poderá atuar livremente nas relações obrigacionais quando observar o dever de proteção em todas as etapas da negociação, agindo cuidadosamente a fim de não acarretar ao outro a percepção de danos patrimoniais e, especialmente, extrapatrimoniais.

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República determinou que não apenas às questões patrimoniais se dessem guarida, mas também às existenciais do homem que passou a ser o centro do ordenamento jurídico. A liberdade renasce com a consagração

da dignidade da pessoa humana e, quando se tratar do núcleo pelo qual o ser humano se afirma livre para desenvolver suas escolhas e traçar sua existência como bem entender ser dignificante, não haverá espaço para intervenções alheias. Trata-se da já mencionada *liberty*. E a boa-fé objetiva concretizará esse espaço nuclear de liberdade por meio de seu dever de conduta de proteção.

Nos negócios jurídicos patrimoniais, consistentes naqueles cujos objetos possuem valor pecuniário, o dever de proteção impõe a contemplação de cuidados para que não sobrevenham danos patrimoniais e extrapatrimoniais para a outra parte. A título de exemplo pode-se citar a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, infligindo danos à privacidade pela ausência do dever de cuidado pela parte que efetuou o cadastro.

Nos negócios jurídicos existenciais, cuja relação jurídica é formada por situações subjetivas existenciais e “a tutela da pessoa passa a ser realizada, em especial, por meio de proteção de seu centro de interesses” (PONA, 2015, p. 192), como mencionado, é que se encontra o núcleo da liberdade que não poderá sofrer intervenções de terceiros nem do Estado. O livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação, a possibilidade para a criação, modificação ou extinção de situações no campo da subjetividade, serão solidificados de maneira eficaz se observarem o dever de cuidado irradiado pela boa-fé nessas relações.

Exemplos dessa espécie de negócio jurídico são o testamento vital, cujo objeto consiste em dispor sobre os procedimentos a que a pessoa deseja ou não ser submetida quando portadora de uma doença ameaçadora da vida, a circulação contratual de embriões e células tronco, com intuito de reprodução e regeneração humana, na qual os interessados

definem antecipadamente as características e o destino do nascituro, doação de sêmen¹³, entre outras peculiaridades da biotecnologia atinentes à existência humana.

Outro dever que se presta, nas relações negociais, ao enaltecimento da liberdade como elemento da dignidade humana é o de esclarecimento. Apenas diante de todas as informações correlatas ao negócio, o sujeito poderá agir livremente de modo a efetivar ou não a relação obrigacional¹⁴.

Em razão da presença de atitudes límpidas e de cláusulas que contemplem todas as implicações que do negócio possam advir, de modo transparente, os contratantes poderão atuar de maneira livre, contratando ou não, modificando ou não as cláusulas contratuais, até que o contrato esteja adequado ao fim que ambas as partes almejam, dignificando-as por meio de suas escolhas: concretizando a liberdade.

3.4 BOA-FÉ E SOLIDARIEDADE

O ser humano vive em sociedade. Condutas individualistas e egoístas não são mais aceitas em nenhum ambiente, inclusive no negocial. Essa visão egoísta perde sentido em razão da elevação da dignidade do homem como fundamento da República e da promoção do princípio da solidariedade como seu objetivo fundamental.

A dignidade da pessoa humana se manifesta quando todos os

13 Normalmente denominado “instrumento de doação voluntária de sêmen”, é o contrato pelo qual o homem se dispõe, de forma gratuita, a doar seu sêmen para a fertilização assistida em mulheres em idade reprodutiva ao banco de doação. O ato realizado pelo doador, de dispor de parte do próprio corpo graciosamente, com o intuito de possibilitar a fertilização de mulheres que sequer conhece, o faz, em sua percepção, digno.

14 Pode-se visualizar esse dever com a menção à espécie acima comentada. Nos instrumentos de doação voluntária de sêmen, geralmente, existem cláusulas nas quais o doador informa não ser portador de nenhuma enfermidade conhecida e hereditária, bem como não ser usuário de drogas injetáveis ou até mesmo de ter praticado relações sexuais promiscuas em determinado período de tempo. Vislumbra-se que, ante a indicação pelo doador de ser inverídico qualquer um desses atos, o banco de sêmen, com informações aclaradas, não aceitaria a doação, agindo em sua liberdade.

seus elementos coexistem harmonicamente nas relações sociais. O valor intrínseco da pessoa humana só será manifestado quando o sujeito for reconhecido em sua concretude, por suas características individuais. A igualdade só alcançará o patamar idealizado pelo princípio da dignidade humana quando, ao lado de sua vertente formal, se estabelecer na acepção substancial, buscando-se observar as características do sujeito concreto e adequar as relações de modo que se atenuem os desequilíbrios existentes entre as partes. Os sujeitos serão livres para se autodeterminar, desde que no exercício dessa autonomia não provoque danos a outrem. A solidariedade perpassa todos esses elementos, pois atitudes cooperativas, protetivas, recíprocas e cuidadosas para com o sujeito concreto determinam o modo como o ser humano exercitará sua liberdade, respeitando o valor do outro, igualmente digno.

Daniel Ustárroz (2012, p. 241) expõe algumas ideias adotadas pela doutrina solidarista: a) o contrato como instrumento de um ideal de justiça; b) utilização de remédios que impeçam ou atenuem o desequilíbrio contratual; c) a necessidade de se motivar a ruptura dos contratos; d) o dever de minimizar os danos sobrevenidos do inadimplemento de outrem; e) a ausência de cláusulas abusivas; f) a valorização das normas de ordem pública; g) o enaltecimento do dever de informação; h) a busca pelo ajuste dos interesses das partes por meio da conciliação; i) a previsibilidade de condutas como meio de tutela dos contratantes.

A maioria dessas ideias será materializada nas relações negociais a partir da observação do princípio da boa-fé objetiva.

A função da boa-fé que limita o exercício abusivo de direitos subjetivos determina a necessidade de se apresentar os motivos pelos quais o contrato será rompido, bem como impedirá que isso ocorra sem que essa motivação seja plausível, o que determina, por exemplo, o

nascimento da teoria da conservação do contrato, e, igualmente, justifica a teoria do adimplemento substancial, pela qual, caso o devedor tenha cumprido parte substancial do contrato, imporá o reconhecimento desse cumprimento, com vistas a preservar o vínculo contratual. Ainda limitando o exercício dos direitos subjetivos de maneira abusiva, ela ordena ao credor o dever de mitigar a própria perda, minimizando os danos decorridos do inadimplemento de seu devedor, bem como rechaça a existência de cláusulas abusivas nos contratos, especialmente nos consumeristas e securitários.

O dever de conduta de lealdade, que se manifesta por meio de atitudes cooperativas e solidárias, possibilita o ideário de uma justiça material, impedindo o desequilíbrio contratual. Uma projeção desse dever determina, por exemplo, o dever de renegociação da dívida, reequilibrando o contrato às circunstâncias que ensejaram o inadimplemento do devedor.

Por sua vez, o dever de esclarecimento determina o enaltecimento de cláusulas transparentes, impondo que a parte informe à outra todas as circunstâncias que permeiam o negócio jurídico. Exemplo tem guarida no art. 769 do CC, pelo qual, nos contratos de seguro, “o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”.

A proteção, irradiada da boa-fé objetiva, compelirá que os contratantes adotem medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte sofra danos em seu patrimônio ou na sua pessoa. Aqui a solidariedade será alcançada quando, ao agir, a parte cuide dos interesses da outra, da mesma forma com que cuida dos seus, que aja com reciprocidade e altruísmo. O cuidado impedirá, por exemplo, que se cadastre indevidamente o nome

do devedor no rol de inadimplentes, evitando-lhe a percepção de danos extrapatrimoniais.

As partes contratantes devem cooperar para que a obrigação seja cumprida da melhor maneira possível, de maneira menos onerosa para elas. Devem agir de modo solidário entre si, visando ao cumprimento da obrigação em sua integralidade, e não apenas seus interesses de forma antagonista. Apenas a cooperação e a proteção mútua elevará a relação comercial ao patamar de relações livres, justas e solidárias, pois “[...] a necessidade de cooperação com o parceiro e a proteção de sua integridade físico-psíquica e patrimonial remanescem para além da execução do teor do contrato” (ROSENVALD, 2005, p. 100-101).

O compartilhamento do desejo de que o vínculo contratual seja realizado da maneira honesta e eficiente pelas partes invoca que se adequem aos interesses individuais os interesses solidários. É intangível a ideia de que as relações privadas servirão apenas para propiciar atitudes solidárias, cooperativas, cuidadosas, protetivas, chegando-se ao ideal visualizado pelos objetivos fundamentais da Constituição. Mas é inegável e inaceitável que apenas os interesses individuais e egoístas sejam materializados nos contratos, sem que se preocupe com o outro e com as consequências que tal contratação poderá gerar aos terceiros. A solidariedade é elemento essencial para que se alcance a dignidade da pessoa humana. A sociedade contemporânea espera que as negociações que seus membros realizem sejam leais e confiáveis. Daí porque a cooperação e o respeito para com o outro são condutas necessárias nas relações comerciais saudáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinar normas de conceitos jurídicos indeterminados impõe desafio àquele que o faz. A problemática da presente pesquisa, não bastasse o enfrentamento do conteúdo científico do princípio da dignidade da pessoa humana – que justamente por sua categoria normativa já denota exímia abstração, contemplou também o exame do princípio da boa-fé objetiva, de idêntica vagueza em relação ao que se pode denominar por seu conceito e conseqüente aplicação na *práxis* negocial.

De tão comum a utilização de ambas as normas ao bel prazer por alguns operadores do direito, especialmente pelos magistrados, cujas interpretações costumam ter maior relevância, eis que interferem empiricamente no destino dos sujeitos que buscam tutela jurisdicional, não é novidade o fato de sofrerem críticas negativas acerca de provável banalização, tolhendo-lhes, por isso, as relevâncias inerentes.

Foi a resistência à trivialização do princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva que fez brotar o interesse em delineá-los, lapidando-os, principalmente com o intuito de responder ao problema: a boa-fé objetiva, princípio negocial, é capaz de densificar a dignidade da pessoa humana, de sede constitucional, nas relações negociais?

A hipótese apresentada consistiu em demonstrar o princípio negocial como instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, atuando por meio de suas funções, alcançando cada um dos elementos da dignidade.

Para comprovar a hipótese, primeiramente foi necessária a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, consoante o que informa o art. 1º, inciso III, do Texto Constitucional. Sob esse diagnóstico e desejo do legislador constituinte foram impostas

alterações em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Os valores que orientavam as relações sociais foram transmutados e o centro dessas relações passou a ser o ser humano, com todas características singulares que os distinguem dos outros seres e das coisas.

Necessária se fez a construção do sentido que a dignidade humana possui na contemporaneidade, a fim de delimitar seu conteúdo e utilização como fundamento para os mais variados fins. Aqui a delimitação foi construída com o escopo de identificar os elementos imprescindíveis à rotulação do ser humano como digno para, em seguida, demonstrar a possibilidade de cada um deles sendo edificado pela boa-fé objetiva nas relações negociais. O recorte apresentado contemplou como elementos mínimos da dignidade da pessoa humana os subprincípios do valor intrínseco, da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

Não haverá dignidade sem que estejam presentes harmonicamente todos os seus elementos. No caso tratado por este trabalho, cujo recorte do objeto foi demarcado às relações negociais, importou a necessidade de se verificar por qual meio a pessoa humana poderia ser dignificada em tais relações.

Adentrou-se, então, à análise do princípio da boa-fé objetiva, especialmente em sua versão objetiva, que obriga as partes a atuarem de maneira honesta, solidária e confiável. Nesse momento foram abordadas as suas funções de interpretação, limitação ao exercício abusivo dos direitos subjetivos e de criação de deveres de conduta.

Se, à primeira vista, salta aos olhos aparente oposição em relação aos fins dos princípios, notadamente em razão de estar enraizado o entendimento de que as relações negociais, em que a boa-fé é inserida, se prestam a atitudes egoístas, com a constitucionalização do direito privado, que irradiou as luzes dos princípios fundamentais a todo o

ordenamento, nota-se a cláusula geral da boa-fé objetiva como porta de entrada dessa luz.

Os valores constitucionais invadiram o direito negocial. Ao lado da dignidade humana – e como elemento dela – a solidariedade tornou-se objetivo da República, atribuindo a todas as relações o dever de efetivá-la. Ao mesmo tempo, importou na desconstrução da imagem egoísta do negócio jurídico, especialmente do contrato, que passou a ser considerado como instrumento de cooperação entre as partes.

Viu-se, com isso, todos os elementos da dignidade humana caminhando pela seara negocial. O sujeito, detentor de valor intrínseco, negocia com outro sujeito, de igual valor, exercendo sua liberdade contratual de modo solidário. Apenas atuando de boa-fé, determinada como essencial às negociações pelo Código Civil nos artigos 113, 187 e 422, essa conjectura se materializará.

Dessa forma, nas relações negociais, a boa-fé objetiva demonstrou-se apta ao alcance da materialização da dignidade humana, necessitando, para tanto, de que sejam praticados os preceitos estipulados em suas funções de interpretação do negócio jurídico, de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, impedindo o abuso, e de criação dos deveres de conduta, categorizados como de proteção, esclarecimento e lealdade.

Espera-se que, ao longo do tempo, a boa-fé atue cada vez mais dignificando o homem, eis que apenas dando concretude à sua dignidade, por meio de todas as suas dimensões – valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade –, será possível o alcance do desenvolvimento do indivíduo, isoladamente, e do indivíduo como ser social, solidificando um desenvolvimento pleno, chegando-se ao ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A estandarização das relações de consumo: faces da contratualidade adesiva nas perspectivas das teorias clássica e contemporânea. In:

KEMPFER, Marlene; ARAÚJO, Miguel Etinger (Org). **Estudos em direito negocial & relações de consumo**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. v.1.

CORBIN, Arthur; PERILLO, Joseph. **Corbin on contracts**: damages. Newark: Lexis Nexis, 2005. v. 11.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Boston: Boston University Law Review, Apr. 17, 2009. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/dworkin_k.pdf>. Acesso em: 1 abr.

2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas**. Salvador: Juspodivim, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Nova Cultural, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In:

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2005 Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf>. Acesso em: 10 de fev. 2017.

USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Como citar: LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 18/09/2017

Aprovado em 10/11/2017

A CONTRIBUIÇÃO DO MARCO RUGGIE AOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE LANDMARK RUGGIE CONTRIBUTION TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES

Bruna Migliaccio Setti*
Marcos Claro da Silva**
Tânia Lobo Muniz***

Como citar: SETTI, Bruna Migliaccio; SILVA, Marcos Claro da; MUNIZ, Tânia Lobo. A contribuição do Marco Ruggie aos objetivos do desenvolvimento sustentável. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.287-322, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p287. ISSN: 2178-8189.

* Mestranda do programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP). Email: brunasettiadv@gmail.com.

** Mestrando do programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduado em

Resumo: A proposição do presente estudo consiste na evolução da mentalidade trazida por discursos políticos e sociais a respeito do conceito de desenvolvimento sustentável. Busca-se também demonstrar que este é cada vez mais dependente do papel das empresas no cenário internacional, não somente através da tutela do meio ambiente, mas também como no ato de proteger, respeitar e remediar os direitos humanos. Para isso, denota-se necessário que os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável

estabelecidos pela Agenda 2030 tenham como pilar os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, constituídos a partir do Marco Ruggie. Dessa feita, a pesquisa apresenta análise complexa do termo sustentável, em suas multidimensões (social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política), para, ao final, reconhecer que, de fato, cada vez mais os direitos humanos são essenciais para alcançar o desenvolvimento sustentável, o que representa uma responsabilidade para as empresas globais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sustentabilidade. Agenda 2030. Princípios Orientadores.

Abstract: This study analyzes the concept of sustainable development, within the context of political and social discourses. Furthermore, this paper also demonstrates that both are incredibly dependent on companies in the international arena – as they cannot only help in the protection of the environment, but also ensure, guarantee and protect human rights. Hence, the importance of the Guiding Principles on Business and Human Rights set out by Marco Ruggie, as they are pillars for Sustainable Development Objectives established by Agenda 2030. To this end, this research not only critically examines the term: “sustainability”, in its various dimensions (social, ethical, environmental, economic and legal-political), but also recognizes that, in fact, human rights are essential components for achieving

Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Email: marcosclaro@unitoledo.br.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1988). Atualmente é professor associado da Universidade Estadual de Londrina. Email: lobomuniz@gmail.com.

sustainable development, which in itself is a multinational company's responsibility.

Keywords: Human Rights. Sustainability. Agenda 2030. Guiding Principles.

INTRODUÇÃO

Setembro de 2015 foi marcado pelo início de um novo plano das nações Unidas. Trata-se da agenda 2030, assinada na Cúpula

das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida durante a 70ª sessão da Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, quando foram definidos 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS), 169 metas relacionadas, e indicadores, como a taxa de desemprego, o IDH, taxa de ocupação e o índice de desigualdade de gênero. Através do documento, foi estabelecido um programa a ser realizado entre 2016 e 2030 que busca suceder os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio da Agenda 21, acordada na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável Rio + 20.

Ao contrário da Agenda 21, que era aplicada apenas aos países em desenvolvimento, o novo documento possui um quadro universal, aplicável a todos os países, e apresenta uma mudança de paradigma do modelo tradicional de desenvolvimento, a ser centrado agora em direitos humanos e sensível ao gênero.

O desenvolvimento sustentável, que permeia diversos discursos ambientais, políticos, culturais e econômicos, em setores públicos e privados, tanto em nível regional, quanto global. O assunto desperta cada vez mais atenção nos instrumentos jurídicos internacionais, tais como em inúmeras resoluções, declarações, convenções e na jurisprudência internacionais.

Contudo, assim como grande é a venustidade do termo, também é a incerteza em torno de sua natureza e definição. O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser interpretado de muitas maneiras diferentes, e utilizado com intenções diferentes das quais realmente tem como propósito.

Ademais, grande parte do que se expõe a respeito do desenvolvimento sustentável está atrelado à ideia de meio ambiente. De fato, viver dentro dos limites da capacidade ambiental é um dos princípios

centrais do desenvolvimento sustentável. No entanto, a natureza dessa condição é muito mais ampla do que apenas quando se relaciona às questões ambientais. Trata-se também de garantir uma sociedade justa e equilibrada. Para isso, é preciso ter em mente a observância do desenvolvimento em todas as suas concepções e dimensões, que serão delineadas a partir desta iniciativa.

A nova agenda global debate o conceito de bens de interesse coletivo, como a proteção dos oceanos, da atmosfera e da biodiversidade, e também guia esforços em termos de educação, moradia, segurança alimentar, prestação de serviços básicos, desenvolvimento urbano, proteção social e gestão de riscos de catástrofes.

O documento reconhece¹ através de uma das suas metas que o setor empresarial é o grande responsável pela efetividade dos objetivos propostos, visto ser um dos principais impulsionadores da produtividade, do crescimento econômico e da criação do emprego. Dessa forma, aponta a necessidade pela proteção a direitos trabalhistas, normas ambientais e sanitárias, em conformidade a iniciativas internacionais, donde se destaca os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos são oriundos de um marco regulatório tripartite, o Marco Ruggie, que estabeleceu um padrão global “soft-law”, o qual devem as empresas “proteger, respeitar e remediar” a fim de enfrentar os impactos negativos

1 Meta 67. A atividade empresarial privada, o investimento e a inovação são os principais impulsionadores da produtividade, do crescimento econômico inclusivo e da criação de emprego. Reconhecemos a diversidade do setor privado, que vai desde as microempresas e cooperativas às multinacionais. Convocamos todas as empresas a aplicar sua criatividade e inovação na resolução dos desafios do desenvolvimento sustentável. Vamos promover um setor empresarial dinâmico e funcional, ao mesmo tempo em que protegemos os direitos trabalhistas e as normas ambientais e sanitárias em conformidade com as normas e acordos internacionais relevantes e outras iniciativas em curso a este respeito, tais como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos e as normas de trabalho da OIT, a Convenção sobre os Direitos da Criança e os acordos-chave ambientais multilaterais, para as partes nesses acordos (UNITED NATIONS, 2015, s.p, tradução nossa).

dos direitos humanos relacionados a seus negócios.

Destaca-se que desenvolvimento sustentável está intimamente ligado às atividades exploratórias e principalmente à indústria do comércio. Isso porque, o comércio internacional é o motor do crescimento econômico, que contribui para a redução da pobreza, ao mesmo tempo em que, o modo pelo qual é realizada a exploração dos recursos naturais, é o que determina a saúde do meio ambiente em tempos atuais e futuros.

Ressalta-se que grande parte de ambas as atividades – de comércio e exploração – é oriunda das grandes corporações. E ainda que, são elas hoje detentoras de vultosa responsabilidade pelo desenvolvimento social, um dos tripés do desenvolvimento sustentável, de acordo com a Agenda 2030.

Desta feita, a pesquisa buscará demonstrar e concluir que não há arma mais poderosa a contribuição empresarial com o desenvolvimento sustentável do que o respeito aos direitos humanos. As empresas não só podem cooperar com a evolução desse desenvolvimento, como são responsáveis por ele.

1 A FACETA MULTIDIMENCIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Embora o “desenvolvimento sustentável” tenha sido um conceito dominante na pronúncia política há praticamente 25 anos, ainda não há consenso geral sobre seus objetivos e sua contribuição na prática. O termo acaba por ser utilizado para completar expressões e enunciados sem profundidade, por onde o exploram com distintos propósitos, sem adentrar à complexidade do tema.

Segundo Veiga (2010, p. 12), “[...] o substantivo – sustentabilidade

– passou a servir a gregos e troianos quando querem exprimir vagas ambições de continuidade ou perenidade. Todas remetendo ao futuro”. Ainda de acordo com o autor (2010, p. 11), até os anos 70, ser sustentável não passava de um termo científico para evocar a possibilidade de um ecossistema não perder sua resiliência. Após isso, foi também ressaltada como matéria ambiental na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em 1992, no Rio de Janeiro.

De fato, o desenvolvimento sustentável não comporta uma definição, visto que é variável no espaço e no tempo. No entanto, não pode ser ele adotado como solução de todos os problemas sem respostas adequadas, de toda causa de dano ambiental e de todo planejamento econômico-social. É preciso delimitar os compassos por onde o tema vai ser construído.

No direito internacional, há uma definição de famigerada repercussão, a qual advém da Comissão Mundial de Ambiente e Desenvolvimento (WCED), conhecida como Comissão Brundtland, a qual determina que o desenvolvimento sustentável é aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades” (WCED, 1987). Ainda assim, tal explicação se mostra muito ampla dentro da complexidade da sociedade.

De acordo com Lenzi (2006, p. 92), desenvolvimento sustentável é um conceito contestável, ao lado de outros conceitos das ciências sociais tais como democracia, justiça, responsabilidade, entre outros. Portanto, devido a essa complexidade, exige uma visão interdisciplinar.

Grande parte dos discursos em relação ao desenvolvimento sustentável é voltada para o futuro (LAFFERTY; LANGHELLE, 1999, p. 25), especificamente de como deveria ser o futuro. No entanto, é

importante salientar que a ação envolve também a realidade que a permeia, afinal, não são só as vidas porvindouras que merecem salvaguarda.

Mas antes de se adentrar, de fato, a temática desenvolvimento sustentável, é importante entender o ideal da sustentabilidade, afinal, esta é o meio daquela, representando, por conta disso, o fim a ser alcançado (PAVAN, 2015, p. 146).

Conceitua, assim, a sustentabilidade como:

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (FREITAS, 2011, p. 41).

Lenzi expõe duas formas de lidar com seu conceito que provém da teoria de Dobson (op cit. 1998): uma que trabalha com a definição, e a outra discursiva. Esta, por seu turno, estaria ligada a um “discurso impregnado a uma política ecológica contemporânea”, o que não traria seu verdadeiro significado (LENZI, 2006, p. 95). Já aquela, busca certa definição específica da sustentabilidade.

Enquanto a estratégia que busca o conceito material objetivo de definir o que DS é, procurando enquadrá-lo em alguma definição específica, a estratégia discursiva se limitaria a descrever a forma como o conceito é utilizado por agências, governos, e atores

sociais dos mais diferentes tipos (LENZI, 2006, p. 96).

Contudo, ambas as maneiras detêm fragilidades, visto que a discursiva não tem um direcionamento futuro, enquanto a outra demonstra somente a vontade de elaborar mais uma definição em meio de infinitas outras. Dessa forma, Lenzi (2006, p. 96) afirma que esses problemas fizeram Dobson acreditar em três distintas concepções de sustentabilidade, pelas quais se busca responder as seguintes indagações: o que deve ser sustentado? Como deve ser sustentado?

A primeira consiste na sustentabilidade como manutenção do capital natural crítico. Tal teoria entende a natureza como uma matéria-prima e, portanto, bem econômico que não pode ser construído pelo homem. É essencial à sobrevivência e ao bem estar do ser-humano e, assim, o objeto que deve ser sustentado. A segunda vê a sustentabilidade como preservação da natureza irreversível. Apesar de entender as propriedades do meio ambiental natural como irreversíveis, não as considera como essenciais. Dessa forma, o que deveria ser sustentado são os aspectos e traços da natureza não humana que não podem ser mais recriados, se destruídos. Já a terceira, caracteriza a sustentabilidade como a manutenção do valor natural, que compreende as formas históricas particulares do meio ambiente.

Visto o conceito de sustentabilidade, passa-se a outra abordagem sobre o desenvolvimento. Quando se fala em desenvolvimento sustentável, muito se relaciona com a “Modernização Ecológica”. Esta defende a ideia de um crescimento econômico ecológico. O desenvolvimento sustentável parece adotar o mesmo pressuposto, no entanto, existem muitos aspectos que os diferenciam.

De acordo com o já mencionado conceito de desenvolvimento sustentável de Brundtland, o desenvolvimento é associado ao conceito de justiça social. “Deveria ser entendido como um processo de mudanças que busca satisfazer as necessidades humanas” (Lenzi, 2006, p. 102).

Portanto, o objetivo primeiro não está no meio ambiente, mas sim, nas necessidades humanas mais essenciais. Nesse sentido, indaga-se: mas porque a sustentabilidade ambiental constitui um requisito para a justiça social?

O meio ambiente é revestido de imprescindibilidade para uma existência digna da vida humana, e a partir do momento em que ele é afetado, passa a ameaçar não “[...] só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano” (BUGLIONE, 2000, p. 220). No entanto, o desenvolvimento sustentável não se limita a esta faceta.

Nesse pensar, entende-se ser fundamental a salvaguarda da sustentabilidade multidimensional, a qual propaga efeitos para várias áreas do Direito, e não apenas para o Direito Ambiental, de sorte que o próprio sistema jurídico se converte em Direito da Sustentabilidade.

Para Freitas (2012, p. 21), são cinco as dimensões a serem consideradas, são elas: social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política, que se completam, como círculos concêntricos interligados entre si, dentro de um maior, o do desenvolvimento sustentável.

A dimensão social se relaciona com direitos fundamentais sociais e importantes serviços públicos relacionados à saúde, à educação e à segurança, os quais necessitam ser universalizados com eficiências e eficácia. Portanto, está atrelada a vários níveis de necessidades humanas, desde o início da vida.

Já para a dimensão ética, existe um olhar social do meio ambiente,

devido as transformações ocorridas após os avanços tecnológicos. A atitude eticamente sustentável é a que “[...] consiste em agir de modo tal que possa universalizar a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza [...]” (FREITAS, 2012, p.58). Se preocupa com a continuidade da vida humana, não pelo aspecto econômico, mas também físico, cultural e espiritual.

Fala-se, na dimensão do meio ambiente, em dignidade ambiental. Quer dizer que deve-se preservar o direito ao ambiente limpo em todos os aspectos das presentes gerações sem denegrir o das futuras. Nesse ínterim, é oportuno ressaltar que:

[...] é verdade que as fontes materiais emitem muito mais dióxido de carbono do que os humanos mas também é verdade que absorvem muito mais. Falando de modo geral, a natureza está em equilíbrio no que respeita ao carbono. As emissões humanas que tiraram esse equilíbrio.

Na dimensão econômica, Freitas (2012, p. 61) considera pertinente o uso da ponderação entre eficiência e equidade. A natureza não pode mais ser vista como um simples capital, ao mesmo tempo que o consumo e produção precisam ser reestruturados para a garantia de uma renda básica a todos.

Por fim, a dimensão jurídico-política é responsável por delinear que a sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional. Na esfera internacional, a sustentabilidade política visa a integrar o sistema de preservação de conflitos e guerras com empenho na promoção contínua da paz. O Estado sustentável é aquele que garante direitos a um bem estar duradouro, tais como: o direito à

longevidade digna; o direito à alimentação sem excessos e carências; o direito ao ambiente limpo; o direito à educação; o direito à democracia, preferencialmente direta; o direito de informação livre e de conteúdo aplicável; o direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo; o direito à segurança; o direito à renda oriundo do trabalho honesto; o direito à boa administração pública e; o direito à moradia digna e segura (FREITAS, 2011, p. 63-65).

Diante de tais considerações, certo é dizer que o desenvolvimento sustentável constitui uma dialética entre todas essas dimensões, que devem existir em funcionamento integrado. E para que esse funcionamento seja completo, importante ressaltar que o bem jurídico máximo que se pretende proteger através do desenvolvimento sustentável, ao final, são as pessoas. Acima de tudo, são as necessidades mais fundamentais humanas – os direitos – sem as quais não seria possível desfrutar os resultados do desenvolvimento. Nesse aspecto, é possível afirmar que existe uma “simbiose” entre o desenvolvimento sustentável e a proteção aos direitos humanos, que será a seguir demonstrada.

2 A RELAÇÃO ENTRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITOS HUMANOS

Como visto, a Agenda 2030 trouxe uma série de ações e diretrizes integradas e indivisíveis com vistas ao compromisso pelo desenvolvimento sustentável durante os presentes e próximos anos. Dentre os principais objetivos, destacam-se:

1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
3. Assegurar

uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Como observado, os objetivos propostos buscam concretizar

direitos humanos já consagrados em tratados internacionais e se equilibram em dimensões econômicas, sociais e ambientais. A declaração da Agenda 2030 reconhece os direitos humanos como fundamentos ao documento. Assim, os direitos humanos oferecem orientações para a implementação da Agenda, enquanto os ODS podem contribuir substancialmente para a realização de direitos humanos. No entanto, a fim de operacionalizar plenamente este processo de implementação complexo, multifacetado e de longa duração (15 anos), é necessário que se utilize os direitos humanos não como princípios abstratos, mas como ferramentas (UNECE, 2015).

Sublinha-se o estabelecimento do documento em questão com respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos e enfatiza a importância em respeitar, proteger e promover os direitos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer espécie (IPPF, 2016).

Muitas das metas correspondem a dimensões essenciais de compromissos de direitos humanos dos estados, como delineado em tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos o Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como em outras organizações internacionais e instrumentos e documentos regionais sobre direitos humanos. (IPPF, 2016, tradução nossa).

Por exemplo, tem-se a meta de número 5, pela qual se estabelece a igualdade de gênero além do empoderamento de todas as mulheres e meninas, assim como determina a Convenção sobre a Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CETFDM), a qual ainda prevê liberdade à mulher na escolha do casamento, na quantidade de filhos e acesso a serviços de saúde e de amparo à família.

É essa a forma mais eficiente de ações estratégicas da Agenda 2030: abarcá-las aos planos internacionais já existentes em relação às matérias constantes no documento. Dessa maneira os tratados internacionais acabam por receber reforço ao mesmo tempo em que as metas estabelecidas em 2015 já encontram certo caminho delineado a poder seguir.

A primeira meta da nova Agenda Global determina a erradicação da pobreza. Essa intenção já possui previsão, por exemplo, no direito a um nível adequado de vida, observado no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), no artigo 11 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), e no artigo 27 Da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC).

A terceira meta, que pretende assegurar uma vida saudável e o bem-estar, já encontra balizas no direito à vida, à saúde, proteção especial às mulheres e crianças, e no direito de gozar os benefícios do progresso científico e sua aplicação, todos encontrados também na DUDH (artigos 3, 25, 27), no PIDESC (artigos 6, 10, 12 e 15.1.b), no CDC (artigos 6 e 24), e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CETFDM) em seu artigo 12.

A qualidade à educação, que é dedicada pela meta de número quatro, é também prevista pelo direito à educação, com base no artigo 26 do DUDH, 13 do PIDESC, 28 e 29 do CDC, inclusive aos deficientes (artigo 23.3 do CDC e 24 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a CDPD), indígenas (artigo 14 da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas) e igualdade às mulheres

e meninas (artigo 10 da CETFDM).

A meta de número seis que aborda a qualidade da água e o saneamento também é possível ser verificada pelo direito de água potável saudável previsto no artigo 11 do PIDESC e o direito a igualdade de acesso à água e saneamento às mulheres rurais (artigo 14.2.h da CETFDM).

Já a meta oito sobre crescimento econômico e trabalho decente pode embasar-se também em diversos instrumentos internacionais, que exprimem o direito ao trabalho e ao justo e favorável, (DUDH art. 23; PIDESC arts. 6, 7, 10; CDPD art. 27); à proibição da escravidão, trabalho forçado e tráfico de pessoas (DUDH art. 4; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos art. 8; CETFDM art. 6; CDC arts. 34-36), além de nas Convenções da OIT, como a nº 100, que prevê igualdade de emprego às mulheres.

A partir desses exemplos, nota-se que é nesse sentido que a efetivação direitos humanos se relaciona com o processo de desenvolvimento sustentável, de forma que este não é possível sem aquela. Assim, nota-se que o desenvolvimento vai muito além do ideal ambiental ou apenas econômico, como muito se fala. Por exemplo, não há desenvolvimento ou há um mau desenvolvimento quando se verifica apenas o crescimento do produto interno bruto (PIB), sem que haja aumento do emprego e diminuição das desigualdades e pobreza. É o que ocorre em países em desenvolvimento (SACHS, 2008, p 71).

O desenvolvimento sustentável pós-2015 deve ser, ao mínimo, construído com base em um *tripé* “[...] socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo [...]” (VEIGA, 2008, p. 10). É nesse momento que se faz primordial ressaltar o papel das empresas, posto que cada vez mais conquistam papel central

na atividade econômica, ambiental e social global, seja ela de impacto negativo ou positivo.

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento estimou que cerca de 80% do comércio global, em termos de exportações brutas, está ligado à produção internacional de redes de empresas transnacionais (UNITED NATIONS, 2013, p. 135).

A grande empresa que atua além das fronteiras de sua matriz se identifica como um centro de decisões, de maneira a influenciar todos em sua volta; empregados, consumidores, fornecedores, revendedores, entre outros. E apesar de os Estados deterem poder de findar contratos e de expropriar, as transnacionais passaram a portar o maior controle econômico do mercado internacional, dos quais aqueles são dependentes.

Não é errônea a afirmação de que, na atual conjuntura, a empresa transnacional é dotada de poder similar ao de qualquer governo. É o que se vê, pois (MAGALHÃES, 2005, p. 210):

Os seus dirigentes, possuindo prerrogativas estatutárias, agem como que autoridades governamentais, estabelecendo normas que se projetam para fora do âmbito interno da empresa. O poder de negar emprego, de selecionar empregados, de influir nos salários dos concorrentes, pela adoção de política salarial própria, o poder de decidir sobre a localização de uma nova subsidiária, de distribuir lucros ou decidir sobre a sua reinversão, o de decidir que mercado deve ser suprido e qual a mercadoria a ser produzida, a que direção deve encaminhar pesquisas e em que extensão utilizá-las, tudo isso fica dentro do campo exclusivamente privado da empresa, sem que as autoridades governamentais possam com ele eficazmente interferir [...] Na área internacional o poder da empresa fica evidenciado nos

setores que afetam a segurança do Estado ou o seu desenvolvimento econômico. Petróleo, computadores e energia são exemplos. As multinacionais que exploram esses setores desempenham funções verdadeiramente públicas e suas negociações com governos são feitas em pé de igualdade, frequentemente por meio de acordos.

Desse modo, o poder de influência no mercado e que impacta toda uma comunidade acaba por criar na empresa uma estrutura quase-governamental, equiparada à do Estado. Assim, da mesma forma que a empresa pode causar danos irreversíveis como desastres ambientais, demissão em massa, e desapropriação de vastas regiões, ela também é capaz de produzir grande parte dos bens e serviços mundiais, circulação de capital, a estimulação da indústria, a difusão da tecnologia, criação de empregos e arrecadação tributária para os Estados.

É este “impacto positivo” que deve ser almejado na construção do desenvolvimento sustentável. No entanto, a urgência pela busca de vantagens lucrativas, combinada com estratégias de produção em larga escala, e a decrescente soberania dos Estados, acaba por gerar longas cadeias produtivas as quais frequentemente se dão em desrespeito a padrões mínimos trabalhistas, ambientais e de direitos humanos.

Isso ocorre, pois, até então, não existe ainda uma regulamentação obrigatória geral para as empresas que trate de assuntos de relevância mundial. Igualmente é a ausência de instrumentos de controle, fiscalização e punição pelas violações de direitos humanos por parte das corporações, visto que os pactos internacionais em matérias destes direitos somente são vinculantes aos Estados.

Nota-se que o debate sobre a questão das responsabilidades

de direitos humanos das empresas não é nova. No começo dos anos 70 já se apresentavam diversos indícios a respeito da atuação ilegal e antiética das transnacionais (SCHUTTER, 2006, p. 02). Este momento foi marcado por uma crise econômica e política mundial, deflagrada pela crise do petróleo em 1973, a qual os Estados se mostravam incapazes de conciliar os anseios sociais com o capitalismo.

Pela primeira vez o capitalismo emancipou-se completamente do poder político, de maneira a manejar a substituição dos Estados protetores por instituições financeiras como a Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). As soluções corporativas, assim, passaram a ser fortemente orientadas pelo mercado, de maneira a afastar o modelo de intervenção estatal na economia através de privatizações, liberalização da economia e a desregulamentação dos mercados.

Entre os incidentes mais conhecidos, cita-se o envolvimento da empresa *International Telegraph and Telephone Company* (doravante ITT) e outras empresas americanas no golpe de estado chileno em 1972, que derrubou o governo de Salvador Allende, de modo a demonstrar o grande poder e pouco controle que caracterizavam as empresas transnacionais então.

Assim, com o objetivo de aproveitamento dos benefícios que podem ser gerados pela atividade empresária sem fronteiras e minimizar os danos maléficos ao desenvolvimento, foram desenvolvidos mecanismos como tentativa de regular a atividade empresarial face aos

direitos humanos. São eles: a *Alien Claims Act*²; Princípios de Sullivan³; o Projeto do Código de Conduta das Nações Unidas para as Empresas Transnacionais; as Diretrizes para Multinacionais Empresas; a Declaração Tripartida de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT e o Pacto Global.

O objetivo do Pacto Global compreende mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos, a partir de dez princípios sobre direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. A dezena de princípios foi baseada na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (SCHUTTER, 2006, p. 10).

Tal projeto contava com a participação de empresários, associações de empresas, agências da ONU, sindicatos, instituições de ensino, governos, organizações não-governamentais (ONGs), agências internacionais, entre outros demais parceiros necessários para a construção de um mercado global mais inclusivo e igualitário. A finalidade é inserir na atividade empresarial dez princípios relativos à proteção de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2011, s.p., tradução nossa):

2 Aprovada pelo Congresso Americano em 1789, a “[...]qual permite a competência originária das cortes norte-americanas sobre qualquer ação civil movida por um estrangeiro, de forma a alegar a existência de responsabilidade civil, em decorrência de uma ação cometida em violação ao direito das nações ou um tratado dos Estados Unidos” (ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2008, p. 3, tradução nossa).

3 Elaborados em 1977, por Leon H. Sullivan, diretor da General Motors. O documento foi destinado às empresas da África do Sul durante o *apartheid* com vista a combater a discriminação no trabalho, sendo que 178 delas assinou tal documento.

1) Direitos Humanos: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; e assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos. 2) Trabalho: As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 2) A abolição efetiva do trabalho infantil; e Eliminar discriminação no emprego. 3) Meio Ambiente: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis. 4) Contra a Corrupção: As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina⁴.

Hoje há mais de 12 mil signatários em mais de 170 países, entre eles, mais de nove mil empresas (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2017, s.p.). Os princípios são adotados voluntariamente por diversificados representantes setores da economia, provenientes de várias regiões geográficas. Há um mecanismo de recebimento de reclamações referentes a violações graves, que tem como objetivo buscar soluções para casos, mediante a participação de outros órgãos da ONU, e pode acarretar a exclusão corporativa do Pacto (SETTI; MUNIZ, 2016, p. 257).

4 1) Human Rights: Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights; and: make sure that they are not complicit in human rights abuses. 2) Labour: Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; the elimination of all forms of forced and compulsory labour; the effective abolition of child labour; and: the elimination of discrimination in respect of employment and occupation. 3) Environment: Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges; undertake initiatives to promote greater environmental responsibility; and encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies. 4) Anti-Corruption: Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2017).

Os participantes devem divulgar anualmente uma “Comunicação de Progresso” (COP), a qual detalha os avanços na implementação dos princípios. Quando a empresa deixa de apresentar a COP por um ano, ela passa a ser chamada de “não comunicante”, no segundo ano, ela é excluída da lista de participantes, e taxada como “inativa”. No Brasil, por exemplo, são 712 participantes e destas, 110 são “não comunicantes” (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2017, s.p.)⁵.

Contudo, ainda não se trata de um código de conduta obrigatório, nem acordo vinculante. E isso faz com que, muitas vezes, a empresa possa usufruir de um “marketing grátis”, pela obtenção de um prestígio indevido ao se apresentarem ao público (NADER, 2000, s.p.), sem realmente mudar sua forma de atuação.

Cita-se também outro mecanismo que busca alterar o comportamento das corporações, trata-se do *Global Network Initiative* (GNI). Na realidade, é mais destinado a empresas e organizações que atuam na área de tecnologia de informação e comunicação, e representa um compromisso entre estas e organizações de direitos humanos, investidores, e institutos acadêmicos para salvaguardar dois direitos específicos: a privacidade e a liberdade de expressão.

A privacidade é considerada como direito humano no artigo 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos, além de estar presente também no Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, artigo 5º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Já a liberdade de expressão está prevista no artigo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no artigo 4 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 10 da Convenção

⁵ Pesquisa realizada em 25 Abr. 2017.

para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Européia de Direitos Humanos), no artigo 9 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e é consagrada como direito humano no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Dentre as empresas participantes, estão Facebook, LinkedIn, Google, Inc, Microsoft Corp., Procera Networks e Yahoo! Incorporation (GLOBAL NETWORK INITIATIVE, 2017, s.p.). Dentre as ONGs, está a *Human Rights First*, *Human Rights Watch*, *World Press Freedom Committee*, e o *Committee to Protect Journalists*.

Os participantes da GNI buscam evitar restrições governamentais na liberdade de expressão, pelo conteúdo vinculado na rede, ao mesmo tempo em que se comprometem a adotar proteções relativas a informações pessoais de seus usuários. Sua efetivação é avaliada por um Conselho Diretivo, composto de representantes de cada segmento. No entanto, como visto, além de se referir apenas a dois direitos, este instrumento é restrito a participantes determinados.

Todos os mecanismos supramencionados são complementados pela adoção de Códigos de Conduta por parte das empresas e pelos sistemas jurídicos nacionais, mas nenhum deles é tão promissor no âmbito do desenvolvimento sustentável como o que foi proposto a partir do Marco Ruggie.

3 O MARCO RUGGIE E AGENDA 2030 PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Marco Ruggie representa o resultado do trabalho do professor John Ruggie, de Harvard, como Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU. Durante seis anos ele buscou investigar

mais profundamente algumas das questões relacionadas com empresas e direitos humanos (RUGGIE, 2007, p. 821).

Durante todo o mandato, Ruggie produziu uma série de relatórios, e estimulou uma grande discussão dentro do tema empresas e direitos humanos. Observava a evolução e a postura dos Estados diante do cenário do desenvolvimento das atividades globais empresariais, expunha problemas e propunha mudanças, como é possível observar no trecho a seguir:

Evidentemente, há hoje um descompasso institucional ainda mais fundamental: entre o alcance e o impacto de atores e potências econômicas, de um lado, e a habilidade, de outro, das atuais sociedades de controlar os efeitos nocivos destas atividades econômicas. Tal descompasso gera um ambiente permissivo no qual atos reprováveis praticados por empresas ocorrem sem a respectiva sanção ou indenização a que deveriam dar ensejo. Para o bem das vítimas de tais violações e para que a globalização continue a representar um progresso positivo, tal situação precisa ser solucionada (UNITED NATIONS, 2007, p. 3, tradução nossa)⁶.

Em 2008, o professor sugeriu a adoção de um marco regulatório tripartite: “Proteger, Respeitar e Remediar”, conhecido, então como o Marco Ruggie. Tal marco seria composto em três partes: a) Estados possuem o dever de proteger contra violações de direitos humanos

⁶ “These are challenges posed not only by transnational corporations and private enterprises. Evidence suggests that firms operating in only one country and state-owned companies often are worse offenders than their highly visible private sector transnational counterparts. Clearly, a more fundamental institutional misalignment is present: between the scope and impact of economic forces and actors, on the one hand, and the capacity of societies to manage their adverse consequences, on the other. This misalignment creates the permissive environment within which blameworthy acts by corporations may occur without adequate sanctioning or reparation. For the sake of the victims of abuse, and to sustain globalization as a positive force, this must be fixed”.

cometidas por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, normas, bem como processos judiciais adequados; b) empresas possuem a responsabilidade de respeitar normas de direitos humanos, o que, segundo o RESG, implica, essencialmente, controlar os riscos de causar danos aos direitos humanos, buscando, em última instância, evitar tais danos; e c) vítimas de direitos humanos devem ter maior acesso a remédios efetivos, incluindo mecanismos não-judiciais de denúncia (UNITED NATIONS, 2008, p. 9).

O Marco Ruge foi aprovado por unanimidade em junho 2008, pelo Conselho de Direitos Humanos, ocasião pela qual se estendeu por mais três anos o mandato de John, para que o mesmo desenvolvesse princípios, recomendações e sugestões para aprimorar as reparações às vítimas de ocasionais abusos por grandes empresas. Em seguida, o professor estabeleceu as áreas prioritárias durante o seu mandato e, desta forma, afirmou que as recomendações finais concretas seriam apresentadas no final de seu mandato, em 2011 (UNITED NATIONS, 2008, s.p.).

Portanto, ao final de seus trabalhos, Ruggie publicou um relatório com “princípios-guia” para implantação do Marco Ruggie, reconhecido como “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” e aprovado por consenso no âmbito das Nações Unidas.

O relatório apresenta recomendações definidas em 31 Princípios Orientadores (UNITED NATIONS, 2011, s.p.), que as empresas ao redor do mundo devem seguir cuja finalidade central é o respeito aos direitos humanos e em consequência, o desenvolvimento sustentável social, econômico e ambiental, pelos quais restou comprovado que as corporações não só tem a responsabilidade de não causar danos como também como também estão obrigadas a contribuir para a sua realização.

Os Princípios Orientadores são relevantes para todos os setores, uma vez que qualquer negócio, independente de seu tamanho, localização ou setor, tem o potencial de impactar os direitos humanos. Algumas indústrias têm maiores impactos reais ou potenciais sobre os direitos humanos de diferentes partes interessadas, tais como trabalhadores, comunidades ou aqueles envolvidos em suas cadeias de suprimentos, do que outros. No entanto, o componente essencial dos Princípios Orientadores é o processo de devida diligência para minimizar a exposição a riscos de direitos humanos, o que é aplicável a todas as empresas. (PESCE, 2016).

É válido ressaltar que após a divulgação do Marco Ruggie, foi estabelecido um Grupo de Trabalho pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU especialista nas questões abordadas por Ruggie durante o mandato, que durante três anos foi responsável por divulgar e implementar o instrumento. Além disso, o GT deve (CONNECTAS, 2015, s.p.):

1. Preencher lacunas: aprofundando o debate sobre o aprimoramento dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos em várias áreas, como, por exemplo, em matéria de acesso à justiça.
2. Dar voz às vítimas: dando suficiente atenção para as violações aos direitos humanos por empresas, mantendo um canal de comunicação fluido com as vítimas dessas violações.
3. Não retroceder em matéria de direitos humanos: seguindo altos padrões em matéria de direitos humanos, em consonância com os mais recentes instrumentos internacionais, regionais e jurisprudência dos órgãos dos tratados e cortes de direitos humanos.

Da mesma forma, criou-se o Fórum sobre Negócios e Direitos Humanos, que ocorre anualmente, sob a orientação do Grupo de Trabalho, para discutir tendências e desafios na implementação dos Princípios Orientadores, e promover diálogo e cooperação sobre a matéria.

Após a adoção dos Princípios Orientadores, alguns governos passaram a desenvolver Planos de Ação Nacionais (PAN) sobre Negócios e Direitos Humanos com o objetivo de fornecer um panorama e um conjunto de expectativas para as empresas sobre a forma que devem se comportarem. Onze governos publicaram PANs, incluindo Itália, Suíça e EUA. A maioria dos países da OCDE⁷ está a caminho do desenvolvimento de PANs, mas a adoção pelos governos dos países em desenvolvimento continua lenta.

Em 26 de junho de 2014, após uma resolução (nº 26/22), apresentada pelo Equador e África do Sul, o Conselho de Direitos Humanos da ONU decidiu criar um Grupo de Trabalho Intergovernamental (IGNW, na sigla em inglês) com o intuito de elaborar um instrumento internacional juridicamente vinculante para regulamentar, no direito internacional dos direitos humanos, as atividades das empresas transnacionais e outras empresas. A primeira sessão do Grupo foi realizada em 2015 e a segunda em 2016. A terceira sessão, que acontece de 23 a 27 de outubro de 2017, deverá preparar elementos para discutir a obrigatoriedade de cumprir os Princípios supracitados, que até então não passam de recomendações.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (UNWG, em inglês) não tem um papel formal no processo do IGWG. Em geral, o UNWG apoia os esforços dos Estados para melhorar o respeito aos direitos humanos pelos negócios e fortalecer o acesso às vítimas afetadas pelas atividades empresariais. Em 2015,

⁷ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

por exemplo, ?

Contudo, ainda que não obrigatório, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos mostram-se como valioso alicerce para a Agenda 2030, visto que o respeito pelos direitos humanos deve estar no centro dos esforços de qualquer empresa para contribuir para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (REES, 2017).

Os Objetivos da Agenda 2030 não são substitutos aos Princípios Orientadores, mas estão entre si relacionados. Para que as empresas possam realizar a sua plena contribuição para o desenvolvimento sustentável, devem envidar esforços no sentido de promover os três pilares propostos por Ruggie, proteger, respeitar e remediar os direitos humanos no centro da sua estratégia. A conexão estabelecida entre ambos os documentos é detentora de justificativas, que podem ser aclaradas a seguir.

No que tange ao seu “papel ambiental”, grande parte das empresas já detém o poder sobre como elas podem reduzir o seu impacto negativo sobre o bem e os importantes resultados positivos que podem gerar. Mas quando se trata do viés “social”, a maioria das empresas descarta discussões sobre a redução de impactos e concentra suas energias em filantropia estratégica, investimento social, e esforços similares. Isso deixa de ser uma questão de respeito real pelos direitos humanos. Quando as empresas, de fato, impulsionam esse respeito em suas operações e cadeias de valor⁸, elas podem ter um impacto positivo e em larga escala na vida de quem afeta.

O próprio professor Ruggie, em carta de 16 de fevereiro de 2016 ao Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos

8 Uma cadeia de valor representa o conjunto de atividades desempenhadas pela empresa desde as relações com seus fornecedores e ciclos de produção e de venda até a fase de distribuição final.

Humanos chamou atenção de que o desenvolvimento sustentável deve ocorrer em longo prazo, e as iniciativas promocionais de desenvolvimento social das empresas não podem substituir medidas para lidar com os impactos negativos dos direitos humanos que suas operações e relacionamentos podem ter. Ele afirma que:

As empresas há muito abraçaram a idéia de que o sucesso do desenvolvimento e da prosperidade dependem, em parte, da redução dos impactos ambientais negativos das atividades empresariais. Na verdade, as empresas encontram maneiras positivas de enquadrar suas metas e atividades de redução de impacto para conquistar clientes e motivar seus funcionários. No entanto, quando se trata do lado social da imagem de desenvolvimento muitas empresas são rápidas para saltar para iniciativas promocionais, ignorando o ponto de partida essencial de reduzir os impactos negativos sobre as pessoas associadas com suas próprias atividades de negócios e cadeias de valor. Como sabem, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre os Negócios e os Direitos Humanos, que eu escrevi, abordam exatamente este aspecto que reduz o impacto do desenvolvimento social. Onde os direitos humanos das pessoas não são totalmente respeitados, sua capacidade de desfrutar os frutos do desenvolvimento é muito reduzida, e as disparidades entre os pobres e mais vulneráveis e o resto da sociedade só crescem. (RUGGIE, 2017, tradução nossa)⁹.

9 Companies have long embraced the idea that successful development and prosperity depend in part on reducing the negative environmental impacts of business activities. Indeed, companies find positive ways to frame their impact-reducing targets and activities to gain customers and motivate their employees.

However, when it comes to the social side of the development picture too many companies are quick to jump to promotional initiatives, skipping the essential starting point of reducing negative impacts on people associated with their own business activities and value chains.

As you know, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, which I authored, address exactly this impact reducing aspect of social development. Where people's human rights are not fully respected, their ability to enjoy the fruits of development are much reduced, and the disparities between the poor and most vulnerable and the rest of society only grow.

Ruggie alertou que, quando as empresas concentram seus recursos na redução dos riscos aos direitos humanos ao longo de suas cadeias de valor, elas não apenas reduzem os danos, mas também ajudam a promover o desenvolvimento. Afirma que os Princípios Orientadores da ONU fornecem o padrão para alcançar isso através de sua tradução a diferentes setores e contextos .E assim continua:

Os trabalhadores e as comunidades estão mais bem equipados para reivindicar seus direitos; Os salários vitais apoiam as famílias e permitem a educação das crianças; As comunidades que estão envolvidas como parceiros e proporcionam o devido processo ea compensação pelos impactos em suas terras e recursos estão mais aptos a sustentar e dirigir seus próprios meios de subsistência; Mulheres e meninas livres de assédio sexual e discriminação podem atingir seu potencial econômico, e assim por diante. (RUGGIE, 2017, tradução nossa)¹⁰.

Um dos aspectos mais transformadores dos Princípios Orientadores das Nações Unidas é o reconhecimento de que a responsabilidade de uma empresa de respeitar os direitos humanos não é apenas o que acontece em suas próprias dependências, mas também se estende aos impactos de direitos humanos conectados aos seus produtos e serviços através de suas redes de relações comerciais.

Para muitos desafios de direitos humanos - particularmente aqueles que se situam em cadeias de valor globais - esta é a chave pela

¹⁰ Workers and communities are better equipped to claim their rights; living wages support families and enable the education of children; communities that are engaged as partners and provided due process and compensation for impacts on their land and resources are better able to sustain and direct their own livelihoods; women and girls free of sexual harassment and discrimination can reach their economic potential, and so forth. None of this is new to you, of course. But it can be easily forgotten by others.

qual as empresas podem e devem fazer as suas maiores contribuições positivas para a parte social do desenvolvimento sustentável.

Além disso, de acordo com os Princípios Orientadores, todas as empresas têm a responsabilidade de usar a sua influência para impulsionar o respeito pelos direitos humanos através das suas cadeias de valor. Quando se tem em mente os milhões de indivíduos que trabalham para ou são afetadas por essas cadeias de suprimentos globais, para quem os abusos de seus direitos humanos são uma barreira até mesmo às oportunidades mais básicas, passa-se a ver o verdadeiro potencial de como cada empresa, grande e pequena, pode contribuir para o desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

Conforme esta breve análise sugere, a ideia de sustentabilidade vai além da salvaguarda da economia e meio ambiente. O desenvolvimento sustentável representa a satisfação das necessidades humanas mais essenciais presentes e futuras, de maneira a promover o bem-estar, a coesão social, a inclusão e igualdade de oportunidades.

Antes de tudo, é necessário desarmar-se das armadilhas de diversos conceitos leigos camuflados dentro da retórica reconfortante sobre o tema. Para isso, fala-se em uma união de valores, que são considerados as dimensões da sustentabilidade. Nesse sentido, cada vez mais se reconhece os direitos humanos como o ponto de partida para alcançar o objetivo que por ora se expõe.

A agenda 2030, que foi definida ao lado de mais 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, representa um quadro universal, aplicável a todos os países. Ela entende que as empresas que atuam ao

redor do globo têm grande responsabilidade pela efetividade dos objetivos supramencionados em razão de serem impulsionadoras da circulação de bens e serviços internacionais.

Ao mesmo tempo, já foi reconhecido mais responsabilidade à mesma empresa quando se trata a respeito dos direitos mais elementares do ser humano. Afinal, são elas grandes influenciadoras e detentoras de poderes de decisão, as vezes, muito maiores que dos próprios Estados.

Quando os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos foram definidos pelo professor Ruggie, em 2011, em cerne das Nações Unidas, ainda assemelhava-se como mais um instrumento de “soft-law” que poderia ser utilizado como discurso filantrópico e promocionais.

No entanto, em que pese ainda não vinculatório – mas no caminho dessa conquista – esse instrumento mostra-se como caminho na redução de impactos negativos a todos impactados pelos serviços empresariais (ou seja, quase todos), o que reflete na qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas.

REFERÊNCIAS

ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. **At a glance guide to the Alien Tort Claims Act of 1789**. Prepared by lawyers from. Allen & Overy. 8 de Outubro de 2008. Disponível em: < <http://a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf> > Acesso em: 28 abr. 2017.

BUGLIONE, Samantha. **O desafio de tutelar o meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. Ano 5. n.º 17, p. 194-220. São Paulo. Janeiro-Março. 2000.

CONNECTAS. **Empresas e DH: Observatório do GT da ONU**.

Disponível em: < <http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/observatorio-do-gt-da-onu> > Acesso em 28 abr. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

IPPF. Sustainable Development Goals and human rights. 2016. Disponível em: < http://www.ippf.org/sites/default/files/2016-11/SDG%2BHR_facts.pdf.> Acesso em: 07 abr. 2017.

LAFFERTY, William; LANGHELLE, Oluf. **Towards Sustainable Development: On the Goals of Development and the Conditions of Sustainability**. Macmillan Press: Houndsmills, 1999.

LENZI, Cristiano Luis. **Sociologia Ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade**. Bauru, Edusc, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Agenda 2030*. Nova Iorque, 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.>

PAVAN, Kamilla. **A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental**. Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul/RS, v.4, n.10, jan./abr. 2015.

PESCE, Dante. **Business and human rights: Aligning corporate behavior with societal priorities**. 2016. Disponível em: < <https://yearbook.robecosam.com/articles/business-and-human-rights-aligning-corporate-behavior-with-societal-priorities/> > Acesso em 28 abr. 2017.

REES, Caroline. **What Do the UN Sustainable Development Goals Have to Do With Corporate Respect for Human Rights?** Shift: 2016. Disponível em: < <http://www.shiftproject.org/resources/viewpoints/sustainable-development-goals-corporate-respect-human-rights/> >

Acesso em 28 abr. 2017.

RUGGIE, John. **Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises**. U.N. Doc. E/CN.4/2006/97, 2006. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/business/RuggieReport2006.html>> Acesso em 27 abr. 2017.

RUGGIE, John. The Sustainable Development Goals and the Guiding Principles

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

UNECE (The Danish Institute for Human Rights). **Tying human rights and sustainable development goals together in a mutually reinforcing way**. 2015. Disponível em: <2015 https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/wgp/WGP-20/Statements_and_Presentations/Danish_Institute_for_Human_Rights_Birgitte_Feining.pdf> Acesso em 28 Abr. 2017.

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **The ten principles**. 2011. Disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>>. Último acesso em: Acesso em: 28 abr. 2017.

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. 2011. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf> Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report – Global Value Chains: Investment and Trade for Development**. 2013. Disponível em: < <http://unctad.org/en/>

PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf> Acesso em 28 Abr. 2017.

_____. **Our Participants**. 2017. Disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>> Acesso em: 23/05/2015.

_____. Human Rights Council. **Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts**. 2007b. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Human Rights Council. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie**. U.N. Doc. A/HRC/8/5. 2008. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017 > Acesso em 28 Abr. 2017.

_____. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. 2015. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>> Acesso em: 18 nov. 2017.

VEIGA, Eugenia Velludo. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: SENAC, 2010.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VIEIRA, Amanda Sara Silva; RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; SOUSA JUNIOR, José Ladislau de; BERNARDES, Pedro Henrique; GIMENES, Sathya de Camargo Andrade. **SINUS 2014. Organização Internacional do Trabalho. Guia de Estudos**. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Guia-Online.pdf>>.

Acesso em: 28 abr. 2017

WCED. **Our common Future**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

Como citar: SETTI, Bruna Migliaccio; SILVA, Marcos Claro da; MUNIZ, Tânia Lobo. A contribuição do Marco Ruggie aos objetivos do desenvolvimento sustentável. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.287-322, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p287. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/10/2017

Aprovado em: 13/11/2017

RESENHAS / REVIEWS

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL: ENSAIOS POLÍTICOS
THE POST-NATIONAL CONSTELLATION: POLITICAL TESTE

Luana da Costa Leão¹

Como citar: LEÃO, Luana da Costa. A constelação pós-nacional: ensaios políticos *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.323-325, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p325. ISSN: 2178-8189.

Na obra o autor trabalha com a perspectiva de que as distâncias espaciais e temporais são eliminadas em razão da comunicação digital que ultrapassou todas as formas comunicativas anteriores, o que potencializou o trânsito de informações.

Com essa premissa e sob a realidade de uma economia globalizada, sustenta-se que os Estados só podem preservar sua competitividade no cenário internacional por meio de uma opção pela autolimitação das atribuições estatais, já que houve uma alteração na base estrutural de uma sociedade de bem estar para uma economia globalizada, o que ocasionou uma limitação das atividades estatais diante do surgimento de um mercado transnacional.

De acordo com Jürgen Habermas (2001, p. 79), o que se constata é uma sobreposição de uma sociedade nacional por uma sociedade mundial, sendo fundamental o movimento econômico da globalização

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogada. Email: luanaleao.adv@outlook.com.

para esse cenário, sendo que o autor deduz um questionamento sobre qual seria a alternativa para encontrar uma resposta política para os desafios que são inaugurados nessa constelação pós-nacional.

Dessa forma, diante de um enfraquecimento da posição do Estado no contexto de uma economia mundializada, o autor apresenta como uma possibilidade de recuperação da força política a formação de fusões em âmbito global, o que implica em uma reflexão sobre os conceitos como território e soberania.

Para tal projeto, o inconveniente reside na dificuldade de uma coesão para a constituição de uma ordem econômica global por meio de elementos de uma vontade política mundial, diante das inúmeras divergências entre os interesses e demandas de cada um dos Estados.

Há uma insurgência sobre um projeto de governança global sob o molde de um “[...] um procedimento institucionalizado de formação das vontades transnacionais que leve os atores capazes de comércio global a estenderem suas correspondentes preferências próprias na direção de um ponto de vista de um ‘global governance’” (HABERMAS, 2001, p. 72).

Esse projeto de governança global teria como base a união de processos decisórios de governos, de organismos internacionais, movimentos sociais, sociedade civil, com amplitude para além das fronteiras nacionais, ou seja, mais capazes de um diálogo global.

Isso se justifica em razão do surgimento de novas fontes de poder em âmbito regional, internacional e global, fazendo com que se suscite a hipótese de um governo além do Estado nacional, de modo que deste se exige uma redução de sua capacidade em determinados assuntos.

Esse cenário se apresenta, ainda, porque houve uma modificação no centro da teoria do poder que é substituído pelo capital, provocando uma regulação por mecanismos exclusivamente econômicos.

O autor defende ainda que não é possível uma recuperação do poder político pelo Estado, principalmente porque uma postura de protecionismo nacional não se compatibiliza mais com as exigências de uma economia global, fazendo nascer a exigência de uma política transnacional que funcione sob as bases de redes globais.

Neste sentido, o autor menciona que “A globalização pressiona no mesmo modo o Estado nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas. Ao mesmo tempo, ela limita de tal modo o âmbito de ação dos governos nacionais, que o Estado soberano também tem de se abrir para fora diante de administrações internacionais” (HABERMAS, 2001, p. 107).

Como citar: LEÃO, Luana da Costa. A constelação pós-nacional: ensaios políticos *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.323-325, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p325. ISSN: 2178-8189.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa.

Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter

todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os

artigos devem ser digitadas em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract** e **Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

• As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/* Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).
... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras

para distingüi-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – *Informação e Documentação - Referências - Elaboração*

/ Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na *SCIENTIA IURIS*. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a *SCIENTIA IURIS* e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos

a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
