

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 22, n. 1, mar. 2018

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. 22, n. 1, mar. 2018

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 Nassar 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, Natali Silvana Zwaretch, Rafael Duarte de Salvi, Uíara Vendrame Pereira.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

ADRIANA SILVA MAILLART (UNINOVE/SP)
 ANA PAULA LEITE (UEPG/PR)
 CARLOS NELSON KONDER (UERJ/RJ)
 DANIEL BARILE DA SILVEIRA (UNB/DF)
 ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR/RR)
 ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (FUI/MG)
 FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA (UFRPE/PE)
 GUILHERME CAMARGO MASSAÚ (UFPEL/RS)
 JAIR TEIXEIRA DOS REIS (FSG/ES)
 JOÃO FRANCISCO DE AZEVEDO BARRETTO (UFMS/ MS)

JULIANE CARAVIERI MARTINS (UFU/MG)
 MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA
 (UNIFOR/CE)
 PATRYCK DE ARAUJO AYALA (UFMT/MT)
 ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)
 SALETE ORO BOFF (IMED/RS)
 SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA
 (UFRJ/RJ)
 SERGIO TIBIRIÇA AMARAL (ITE/SP)
 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
AQUISIÇÃO DE ATIVOS DA EMPRESA EM CRISE E CONCENTRAÇÃO DE MERCADO: ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA FAILING FIRM DEFENSE.....	9
ACQUISITION OF ASSETS OF COMPANIES IN CRISIS AND MARKET CONCENTRATION: ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FAILING FIRM DEFENSE THEORY	
<i>Davi Guimarães Mendes e João Luís Nogueira Matias</i>	
REIVINDICAÇÕES POR JUSTIÇA E A IDENTIFICAÇÃO DE ATINGIDOS NO EIXO MINERÁRIO DO PROJETO MINAS-RIO...37	37
JUSTICE CLAIMS AND THE IDENTIFICATION OF AFFECTED PEOPLE IN THE MINING AXIS OF THE PROJETO MINAS-RIO	
<i>Elora Raad Fernandes e Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri</i>	
CONTROLE DE NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL BILATERAL ATÍPICO: NECESSIDADE DE UMA POSTURA DE JUIZ HÉRCULES DWORKINIANO	74
CONTROL OF A BILATERAL AND ATYPICAL PROCEDURAL AGREEMENT: THE NEED FOR A DWORKINIAN HERCULES JUDGE POSTURE	
<i>Alexandre De Moura Bonini Ferrer, Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Richard da Silveira Maicá</i>	
DA POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO IX DO ARTIGO 103 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MEDIANTE PROTEÇÃO PROCESSUAL COLETIVA	101
INTERPRETATION OF THE POSSIBILITY OF EXTENSIVE CLAUSE IX ARTICLE 103 OF THE FEDERAL CONSTITUTION BY COLLECTIVE PROTECTION OF PROCEDURE	
<i>Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Zaiden Geraige Neto</i>	
GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	134
GLOBALIZATION, TRANSNATIONALISM AND THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS	
<i>Leilane Serratine Grubba e Regiane Nistler</i>	
UMA OBRA E VÁRIOS AUTORES: O DIREITO AUTORAL E AS	

“FAN-FICTIONALS” NA CULTURA DA CONVERGÊNCIA..... 162
A WORK AND VARIOUS AUTHORS:
COPYRIGHT AND “FAN-FICTIONALS” IN THE CULTURE OF
CONVERGENCE

Jordana Siteneski do Amaral e Saete Oro Boff

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS PUNITIVE
DAMAGES: CRITÉRIOS À APLICAÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO.....190

OBJECTIVE AND SUBJECTIVE REQUIREMENTS OF PUNITIVE
DAMAGES: CRITERIA FOR ITS APPLICATION IN BRAZILIAN LAW

Alexandre Pereira Bonna e Pastora do Socorro Teixeira Leal

ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO NAS GRANDES
MAGAZINES: UMA LEITURA MODERNA ACERCA DO NOVO
MODO DE EXPLORAÇÃO 223

ANALYSIS OF SLAVE LABOR IN LARGE DEPARTMENT STORES: A
MODERN READING OF THE NEW MODE OF EXPLORATION

Alexandre Antônio Bruno da Silva e Whenry Hawlysson Araújo Silveira

REVISITANDO O PAPEL DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO
CONTRATO NA TEORIA DO INADIMPLENTO 258
REVIEWING THE ROLE OF THE POSITIVE BREACH OF CONTRACT
IN THE THEORY OF DEFAULT

Daniel de Pádua Andrade e Fabio Queiroz Pereira

O ACORDO DA OMC SOBRE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
(ITA) E SUA EXPANSÃO (ITA II): MULTILATERALIZAÇÃO DO
REGIONALISMO 283

WTO’S INFORMATION TECHNOLOGY AGREEMENT (ITA) AND ITS
EXPANSION (ITA II): MULTILATERALIZING REGIONALISM

Camilla Capucio e Fernanda de Araújo Kallas e Caetano

RESENHAS / REVIEWS

ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS 314
BETWEEN RULES AND PRINCIPLES

Fernando Simões Garcia e Renata Vieira Meda

INSTRUÇÕES AOS AUTORES 318
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Editorial

Caro Leitor, saudações!

Temos o prazer de apresentar o número 1 da 22^a 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.

O presente volume, composto por pluralidade de assuntos, conta com uma resenha referente ao Capítulo 3 da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy, e mais dez artigos, que tocam em diversas áreas do direito, tais como: a) Aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado; b) Reivindicações por justiça e a identificação de atingidos no eixo minerário do projeto Minas-Rio; c) Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico; d) Da possibilidade de interpretação extensiva do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal mediante proteção processual coletiva; e) Globalização, transnacionalismo e a efetivação de direitos humanos; f) O direito autoral e as “fan-

fictionals” na cultura da convergência; g) Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages; h) Análise do trabalho escravo nas grandes magazines; i) Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento; e j) O acordo da OMC sobre tecnologia da informação (ITA) e sua expansão (ITA II).

Assim, a Revista Scientia Iuris inicia o seu 22º 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, discussões em lugar do silêncio, enfim, que possamos auxiliar o desenvolvimento do conhecimento. Cientes de que a edição de um periódico não se faz senão pela atuação e empenho de um conjunto de colaboradores, agradecemos a cada um que nos ajudou a atingir esse resultado, em especial nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**AQUISIÇÃO DE ATIVOS DA EMPRESA EM
CRISE E CONCENTRAÇÃO DE MERCADO:
ANÁLISE Á LUZ DA TEORIA DA *FAILING
FIRM DEFENSE***

ACQUISITION OF ASSETS OF COMPANIES IN
CRISIS AND MARKET CONCENTRATION:
ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
FAILING FIRM DEFENSE THEORY

Davi Guimarães Mendes*
João Luís Nogueira Matias**

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Graduado em Direito em 2016 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Email: davi.guimaraesmendes@gmail.com

** Doutor em Direito Comercial em 2009 pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP).
Doutor em Direito em 2003 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Mestre em Direito em 2000 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).
Especialista em Direito Comercial em 1991 pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP).
Email: joaoluism@uol.com.br

Como citar: MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. A aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da *failing firm defense*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.9-36, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p9. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A possibilidade de os mecanismos de recuperação das empresas em crise ocasionarem concentração de mercado destaca a necessidade de harmonização entre os institutos de Direito Recuperacional e de Direito Concorrencial. Apresenta-se a teoria da *failing firm defense* como possível instrumento de harmonização nos casos em que a aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial ocasiona a concentração de mercado. Este artigo defende que, desde que obedecidos os

seus critérios de aplicação, a teoria da *failing firm defense* é compatível com a ordem jurídica brasileira, e colabora tanto para a preservação da atividade empresarial quanto para a manutenção do ambiente de livre-concorrência.

Palavras-chave: Direito concorrencial. Recuperação judicial de empresas. Concentração de mercado. Aquisição de ativos. Teoria da *failing firm defense*.

Abstract: Mechanisms of companies' recovery may lead to market concentration, thusly, highlighting the need for harmonization between institutes of Corporate Recovery Law and Antitrust Law. Therefore, the theory of the 'failing firm defense' is a possible solution for this problem – specifically, in cases in which acquiring assets of struggling companies in rehabilitation may lead to market concentrations. Finally, this paper defends the thesis that, if their application criteria are met, the theory of the failing firm defense is compatible with the Brazilian legal system, contributes both to the preservation of business activities and upholds the continuation of the free competitive market.

Keywords: Antitrust law. Companies in chapter 11 bankruptcy. Market concentration. Acquisition of assets. Failing firm defense theory.

INTRODUÇÃO

O cenário de deterioração econômica vivenciado pelo Brasil tem representado um considerável aumento nos pedidos de recuperação judicial. No que pese o compreensível pessimismo que pocoa o mercado, todavia, sobretudo em função dos desalentadores prognósticos de recuperação da atividade econômica no curto-prazo, é certo que a situação de crise financeira gera não apenas uma ameaça à sobrevivência das empresas, mas também uma oportunidade de negócios para os agentes que dela se utilizam adequadamente.

Dentre as possibilidades que se apresentam nessa conjuntura de crise, está a aquisição de ativos de empresas em processo de recuperação judicial, sejam bens ou direitos específicos, ou mesmo filiais ou unidades produtivas da sociedade em dificuldades. Trata-se de interessante perspectiva, por representar, ao mesmo tempo, uma oportunidade para a adquirente, que pode ter acesso aos ativos em condições mais favoráveis, e para a alienante, que pode assim se reestruturar economicamente.

Esse tipo de negócio, que interessa ao Direito Recuperacional na medida em que é meio hábil para que a recuperanda supere a situação de crise e para que seus ativos permaneçam no mercado, também pode ser de grande relevância ao Direito Concorrencial, eis que a aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial pode resultar em uma concentração de poder econômico na empresa adquirente.

Trata-se de procedimento o qual deve ser analisado, portanto, sob a ótica comum de ambos os ramos da ciência jurídica, de modo a levar em consideração tanto a delicada situação financeira da alienante, quanto as preocupações com a preservação da concorrência no mercado.

A possibilidade de os mecanismos de recuperação da empresa em crise ocasionarem efeitos competitivos deletérios traz a lume a necessidade de se definir critérios de harmonização entre os institutos de Direito Recuperacional e de Direito Concorrencial.

Intentando apresentar instrumentos para esta compatibilização, analisar-se-á, por meio de uma metodologia exploratória, consistente principalmente em análise bibliográfica nacional e estrangeira e no estudo de casos, a teoria da *failing firm defense*, amplamente debatida internacionalmente, mas que ainda demanda exame mais apurado no Brasil.

Em primeiro momento, investiga-se a evolução dos institutos de Direito Recuperacional, a fim de precisar os seus objetivos no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, e os meios disponíveis para que estes sejam alcançados, sobretudo a aquisição de ativos da empresa em recuperação.

Em seguida, é conduzida uma breve análise da tutela jurídica da concorrência e de seus fundamentos, investigando sobretudo o que se reputa concentração de mercado, em que casos deve haver a intervenção em atos negociais para evita-la, e se é possível que ela advenha de mecanismos de recuperação de empresas em crise.

Por fim, a teoria da *failing firm defense* é perscrutada, por meio da exposição de suas origens no direito estrangeiro e de seus critérios de aplicação, seguida da averiguação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e da sua possível utilidade como instrumento de harmonização em eventuais conflitos entre os institutos de Direito Recuperacional e de Direito Concorrencial.

1 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A substituição do instituto da concordata pelo da recuperação judicial representou muito mais do que a mera mudança de nomenclatura. De mero privilegio ao comerciante em dificuldades econômicas, natureza da concordata, passa-se a um instituto que é instrumento efetivo de preservação da empresa, nem que para isso seja necessário sacrificar o empresário.

De fato, foram amplas as alterações e marcantes as distinções entre os institutos, como se verá a seguir.

1.1 A Concordata como favor legal ao comerciante devedor

O infortúnio no exercício do comércio tem acompanhado esta atividade desde os seus primórdios. Conforme expõe Almeida (2007, p. 299), estava a falência, de início, relacionada profundamente com a degradação social do insolvente, consistindo em instituto, em princípio, de manifesto caráter punitivo, o qual, de acordo com Ferreira (1965, p. 6-7), por vezes ultrapassava o patrimônio e levava à escravidão ou mesmo à morte do devedor.

Almeida (2007, p. 300-301) destaca que foi diante desse severo tratamento ao insolvente que se desenvolveu, com intuito de conceder disciplina mais humanizada à questão, o instituto da concordata, o qual visava salvaguardar o devedor desventurado e honesto, preservando-o da falência e possibilitando a continuação de suas atividades.

A moratória romana é apontada por Batalha e Rodrigues Netto (1999, p. 706) como antecedente da concordata, pois por ela os credores concediam maior prazo para que o devedor em crise, mas ainda não insolvente, honrasse suas dívidas. A concordata em si, contudo, remonta, segundo Abrão (1997, p. 301), ao fim do período medieval, nas cidades

da península itálica.

No Brasil, a concordata teve a sua primeira previsão no Código Comercial de 1850, ressaltando Almeida (2007, p. 301) se tratar de benefício que podia ser concedido ao devedor que não fosse culpado pela falência e desde que houvesse anuência da maioria dos credores, representantes de, no mínimo, dois terços dos créditos sujeitos à concordata.

Segundo lição de Ferreira (1965, p. 40), após essa previsão inicial, foi profícua a atividade legislativa relativa à temática, sucedendo-se diversas leis que regravam a concordata, as quais não lograram êxito, sendo constantemente substituídas.

Entrou em vigor em 1945 o criticado Decreto-Lei nº 7.661, o qual, apesar de modificado substancialmente por reformas em 1984 e 1990, manteve graves falhas, tais como a falta de quaisquer garantias efetivas àqueles que negociassem com o concordatário, o que, afirma Almeida (2007, p. 303), tornava impraticável a recuperação do devedor, além do flagrante preterimento aos credores, que não mais precisavam aprovar a concordata, agora mero favor legal, inovação que, segundo Ferreira (1965, p. 49-50), deu origem a uma verdadeira “indústria das falências fraudulentas”.

É certo que o modelo de concordata adotado no direito nacional, que estabelecia uma relação exclusiva e direta entre o juiz e o devedor, favoreceu excessivamente ao comerciante devedor, dando margem a concessões indevidas e a verdadeiramente enriquecimento ilícito. Além do mais, a lei era extremamente vantajosa, em certa época, em período de inflação elevada, os débitos podiam ser pagos em até 24 (vinte e quatro) meses, sem a devida correção.

Foi diante desse panorama legal que se fez necessária uma

nova legislação recuperacional e falimentar, advinda na Lei nº 11.101 de 2005. Nela, deu lugar a concordata à recuperação judicial, instituto analisado a seguir.

1.2 A Lei nº 11.101 e a aquisição de ativos da empresa em crise como meio de recuperação

Lisboa et al. (2005, p. 33-35) apontam que a legislação recuperacional e falimentar, do ponto de vista econômico, tem como objetivo criar condições para que situações de insolvência tenham soluções previsíveis, céleres e transparentes, de modo a preservar a existência dos ativos da empresa no mercado, estando incumbida, igualmente, de conceder soluções jurídicas que conciliem os interesses da companhia e de seus credores.

Em se falando da recuperação judicial em específico, afirma Salomão Filho (2006, p. 52) que se trata de instituto inspirado no princípio da preservação da empresa, o qual, nas palavras de Matias (2010, p. 23), é corolário do princípio da função social da empresa, fundando-se no reconhecimento da importância da empresa como meio de produção de riquezas e na importância da sua manutenção, quando economicamente viável.

Por outro lado, alerta Coelho (2009, p. 119) se tratar de instituto aplicável nas ocasiões em que o mercado é incapaz de conferir soluções adequadas à situação de crise da companhia, tratando-se de figura complementar, e não substitutiva, à iniciativa privada.

Pela exposição de Almeida (2007, p. 303) e Alonso (2005, p. 281), resta claro que a concordata falhava em atender tanto às demandas econômicas quanto às jurídicas, levando à deterioração dos ativos da

empresa insolvente e não equilibrando satisfatoriamente a relação entre devedor e credores.

Surge a recuperação judicial na tentativa de prever um instituto mais adequado às necessidades modernas da atividade empresarial. Dentre as alterações, Coelho (2009, p. XII) destaca o fato de a recuperação judicial se tratar de instituto o qual também se preocupa com o direito dos credores, além de intimamente relacionado ao princípio da preservação da empresa, de modo que só tem acesso à recuperação o empresário cuja atividade econômica possa efetivamente ser reorganizada.

Essas inovações, aduzem Wald e Waisberg (2009, p. 315), ajudaram a posicionar a recuperação judicial como instrumento da conservação da empresa, e não como mero privilégio do devedor em detrimento dos credores, estabelecendo a nova legislação mecanismos para viabilizar a reabilitação econômica da companhia em dificuldades, além de incentivar a cooperação entre devedor e credores, a fim de harmonizar os seus interesses.

Ainda em se falando dos aperfeiçoamentos trazidos pela Lei de Recuperações e Falências, tem-se o seu Art. 50, o qual traz rol exemplificativo de meios pelos quais se pode alcançar a reestruturação da empresa em dificuldades. Em seu inciso XI, foi prevista com essa finalidade a “venda parcial dos bens” da sociedade, a qual deve estar relacionada, adverte Guimarães (2009, p. 362), à reorganização financeira da companhia, sendo descabido, por conseguinte, a alienação de bem essencial para a consecução do objeto social.

Todavia, relevante apontamento é o de Coelho (2009, p. 139), o qual destaca que a mera realização parcial do ativo da empresa é solução a qual poderia ser alcançada pelo mercado independentemente

da recuperação judicial. Questiona o autor:

Se, afinal, a recuperação pode ser alcançada pela venda de algum ativo, no que pode ajudar o processo judicial a localizar interessados em adquiri-lo? Se o funcionamento regular do mercado capitalista não propiciou que eles se apresentassem, não é provável que a instauração e tramitação do processo judicial de recuperação – a rigor, um monte de papel acumulando pó na prateleira do cartório – possa mudar o cenário (COELHO, 2009, p. 139).

Exatamente por reconhecer que, na esteira da lição doutrinária citada, a mera previsão legal de uma solução que poderia ser alcançada pelo mercado não seria suficiente para que se alcançasse a recuperação da sociedade empresária em crise, é que o legislador estabeleceu benefício o qual visa incentivar a aquisição de ativos da sociedade em dificuldades.

Com efeito, o Art. 60 da Lei nº 11.101 estipula que seria possível a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas da empresa, desde que o plano aprovado da recuperação judicial assim previsse, estabelecendo o parágrafo único do dispositivo em comento novidade celebrada por doutrinadores tais como Lisboa et al. (2005, p. 53), Alonso (2005, p. 281) e Coelho (2009, p. XL), qual seja, a de que o objeto desta alienação seria transmitido ao adquirente sem ônus e que este não sucederia o devedor em suas obrigações, de modo a incentivar a aquisição de ativos das sociedades empresárias em recuperação.

Esse dispositivo, o qual excepciona a regra geral do Código Civil – na qual o adquirente sucede o alienante em suas obrigações ao adquirir o estabelecimento empresarial –, é importante para viabilizar esse meio de recuperação da empresa, eis que, conforme assevera

Coelho (2009, p. 170), provavelmente nenhum investidor se interessaria em adquirir a filial ou unidade produtiva de uma companhia em crise caso não houvesse essa ressalva, pois ao fazê-lo a sucederia em seus débitos, certamente vultosos, diante de seu estado de insolvência.

Nada obstante a reconhecida relevância desta inovação legislativa, diversas discussões surgiram na doutrina e na jurisprudência acerca da compatibilização do preceito com o restante do ordenamento jurídico. Cita-se, por exemplo, a divergência quanto à sucessão do adquirente em relação aos débitos trabalhistas da empresa em recuperação, já superada, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009, p. 22) na qual se entendeu pela constitucionalidade do dispositivo e pela não sucessão do arrematante relativamente às dívidas trabalhistas.

Outro ponto de conflito está na possível caracterização, como ato de concentração econômica, da aquisição de ativos de empresa em recuperação judicial, incentivada por lei como método de preservar a companhia em crise e manter os seus ativos no mercado.

2 A TUTELA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

O Direito Concorrencial, também chamado Antitruste, é, segundo lição de Molan e Oliveira (2012, p. 46), o “ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência”, tendo sua origem moderna com o *Sherman Act*, lei americana do final do século XIX a qual procurou coibir a excessiva concentração de poder econômico.

Em se falando dos fundamentos deste ramo da ciência jurídica,

Salomão Filho (2008, p. 92-93) defende que atualmente a regulação econômica por parte do Estado, o qual não tem papel de mero fiscal da liberdade individual, mas sim de agente transformador, pauta-se mais por valores que por objetivos econômicos, destacando-se a tarefa redistributiva assumida pela atividade regulatória e, conseqüentemente, pela legislação antitruste.

Em sentido similar, tem-se Forgioni (2010, p. 178-179), que, examinando especificamente o sistema jurídico brasileiro, conclui que a defesa da concorrência assume caráter instrumental, objetivando assegurar a existência digna dos indivíduos, e não apenas defender o livre mercado. Natureza instrumental esta que Bercovici (2004, p. 102) afirma estar diretamente relacionada à ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que posicionou a disciplina da concorrência como meio de promoção dos interesses da coletividade.

Destaca-se, entretanto, que, principalmente nas legislações concorrenciais mais modernas, é a preocupação com a eficiência econômica indissociável do objetivo de privilegiar a coletividade por meio da defesa da concorrência, eis que é precipuamente pela análise daquela que se pode determinar se um ato o qual pode em tese oferecer prejuízo à concorrência realmente o faz ou, em verdade, representa um aumento de eficiência no sistema de mercado de alocação de recursos, assim beneficiando toda a coletividade.

Nesse sentido é a exposição de Martinez (2012, p. 28-29), a qual apresenta a evolução da defesa da concorrência no Brasil, desde o primitivo entendimento de que esta serviria para proteger a economia popular, o que justificava favoritismos nas decisões de política econômica, até a contemporânea compreensão de que se trata de instrumento o qual, ao favorecer o incremento da eficiência econômica,

beneficia toda a sociedade.

Não é mais possível se entender como conflitantes, por conseguinte, os valores sociais que guiam a defesa da concorrência e a análise econômica desta, adotando-se no presente trabalho o posicionamento de que se tratam de concepções as quais atuam de forma complementar na compreensão da temática em estudo.

No plano normativo, o Direito Concorrencial retira fundamento constitucional do Art. 170, IV, CF/88, tratando-se de princípio da ordem econômica, o qual, por expressa determinação do constituinte “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, explicando-se assim seu caráter instrumental. Por outro lado, no plano infraconstitucional, tem-se a Lei Antitruste, nº 12.529 de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), cujo principal componente é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal a qual exerce, na esfera administrativa, o papel de prevenção e repressão dos abusos de poder econômico.

Exatamente por se tratar de meio para consecução de avanços em proveito da coletividade, e não um fim em si mesmo, é que a legislação antitruste promove a tutela jurídica de interesses os mais variados, resumindo-os Salomão Filho (2013, p. 82-83) em três principais: o dos consumidores; o dos concorrentes; e o da própria ordem concorrencial, isto é, o interesse institucional em um mercado livre e com concorrência, o qual funcione adequadamente.

Não é possível se afirmar em primeira análise, portanto, que exista um conflito entre os objetivos fundamentais do Direito Concorrencial, destinado a servir de instrumento para a promoção do bem-estar coletivo por meio da proteção dos interesses jurídicos

supracitados, e do instituto da recuperação judicial, o qual, inspirado pelo princípio da preservação da empresa – corolário do princípio da função social da empresa –, objetiva auxiliar na restauração da saúde financeira da empresa em dificuldades, a fim de manter no mercado os seus ativos e permitir a manutenção dela como meio de produção e distribuição de riquezas.

2.1 Os atos de concentração de mercado

Concentração econômica significa, segundo Forgioni (2010, p. 415-416), o aumento do poder econômico de agentes do mercado, tanto pela acumulação de poder de controle em um participante daquele –pela aquisição de outros partícipes ou pela união destes em uma nova sociedade empresária –, quanto pela aquisição de ativos de uma empresa por parte de outra.

Trata-se de fenômeno o qual ocorre de diversos modos, apontando Molan e Oliveira 2012, (p. 97-98) a classificação doutrinária que os divide entre: I) horizontais, aqueles em que as companhias envolvidas atuam no mesmo mercado; II) verticais, aqueles em que as sociedades empresárias envolvidas atuam em mercados conexos entre si, estando ligadas na cadeia de produção; III) conglomerados, aqueles em que as empresas atuam em áreas distintas, acontecendo a operação para fins de expansão ou diversificação de mercado.

No Brasil, a disciplina dos atos suscetíveis a causar concentração econômica se dá nos Arts. 88 a 91 da Lei Antitruste, regras que, caso comparadas à legislação anterior, trazem relevantes alterações referentes à caracterização e à apuração dos atos de concentração.

Conforme apontado por Martinez (2012, p. 65-66), o diploma legal, em seu Art. 88, caput e incisos, inova ao prever critério de

caracterização dos atos de concentração relacionado unicamente ao faturamento anual bruto, no Brasil, das empresas ou grupos econômicos envolvidos na operação. Esse parâmetro de determinação é complementado pelo Art. 90, dispositivo que estabelece rol de atos que, caso praticados por companhias cujo faturamento seja o apontado no Art. 88, serão reputados como de concentração, destacando-se o inciso II do Art. 90, no qual é contemplada a aquisição de ativos, tangíveis ou intangíveis.

Ressalta-se, contudo, que a mera caracterização do ato de concentração não ocasiona a sua suspensão ou proibição, mas tão somente a sua submissão ao CADE para apreciação. Em verdade, os §§ 5º e 6º do Art. 88 da Lei Antitruste trazem fatores que visam a auxiliar na determinação de quais atos de concentração devem ou não ser tolerados.

Lecionam Eduardo Molan e Juliana Oliveira (2012, p. 83) que, em regra, são proscritos os atos de concentração que resultarem em uma considerável eliminação da concorrência ou em uma dominação do mercado por parte de um agente econômico, excetuando-se, porém, os casos em que essa concentração promova uma maior eficiência na alocação de recursos no mercado, sendo necessário igualmente que parte relevante dos benefícios dela advindos seja repassada aos consumidores. Nessa previsão legal, é perceptível tanto o caráter instrumental do Direito Concorrencial quanto o permanente intercâmbio entre os valores por ele almejados e o parâmetro eleito para alcançá-los, qual seja, a eficiência econômica.

É em face desse regramento dos atos de concentração que se vislumbra a possibilidade de conflitos com a recuperação judicial. Ora, a Lei de Recuperações e Falências não só permite, como incentiva, em

certos casos, a aquisição de ativos da empresa em crise como meio de sua reabilitação econômica, sendo inteiramente possível que essa aquisição seja caracterizada igualmente, diante das vicissitudes do caso concreto, como ato de concentração.

Nessa situação, surgem questões referentes à análise do ato de concentração pelo CADE, o qual deverá levar em consideração as peculiaridades da companhia em recuperação, sobretudo no que se refere aos impactos de uma possível reprovação em seu processo de reestruturação e, conseqüentemente, no mercado.

A fim de responder tais questionamentos, faz-se uso da teoria da *failing firm defense*, contemplada pela legislação antitruste de diversas nações, intentando-se igualmente esclarecer seus pressupostos e sua possível aplicação no Brasil, diante das particularidades do Direito Concorrencial e do Direito Recuperacional pátrios.

3 A TEORIA DA *FAILING FIRM DEFENSE*: PRESSUPOSTOS E (IN)APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Consoante a análise já realizada, os atos de concentração só representam empecilho aos negócios propostos quando o CADE constata, em sua análise, que eles têm potencial de eliminar substancialmente a concorrência, de criar ou fortalecer posições dominantes no mercado ou de resultar em uma dominação do mercado relevante de bens e serviços.

Nestas situações, portanto, é que se torna possível o conflito apresentado no presente trabalho, isto é, nas hipóteses em que uma empresa em recuperação, como forma de se reorganizar, pretende alienar parte de seus ativos a uma concorrente, ato este, no entanto, que se verifica, na análise prévia do CADE, como provável causador dos

efeitos narrados, ocasionando, em regra, a rejeição ou aprovação com ressalvas da operação pretendida. É exatamente nessa conjuntura que se estuda a aplicabilidade da teoria da *failing firm defense*.

Trata-se de teoria a qual, segundo Fernandes (2013, p. 6), desenvolveu-se inicialmente na década de 30, como construção jurisprudencial nos Estados Unidos da América, em caso no qual se analisava operação envolvendo duas grandes fabricantes de sapato – a *International Shoe Co.* adquiriu a integralidade das ações da *McElwain Co.* –.

Explica Swirski (2003, p. 6) que, no caso em análise, apesar de ter sido constatada uma situação de diminuição da concorrência no mercado, a qual usualmente levaria à rejeição do negócio, entendeu-se que, diante das graves dificuldades sofridas pela *McElwain Co.*, dever-se-ia permitir a operação, em face do risco de falência da companhia, situação que seria mais danosa ao mercado que a restrição à concorrência representada pela fusão pretendida.

Trata-se, assim, de teoria que se aplica nas ocasiões em que normalmente o negócio desejado seria rejeitado ou aprovado com ressalvas substanciais pelo órgão de proteção à concorrência, diante da concentração de mercado efetivamente constatada, o que só não acontece em função de se verificar, na análise do caso, o fato de ser mais danosa à economia e às estruturas de mercado a provável falência da empresa, com a consequente saída dos ativos do mercado, que a limitação à concorrência gerada pela concentração de poder econômico.

3.1 Pressupostos e compatibilização com o instituto da recuperação judicial

Nesse sentido, Persson (2005, p. 176) apresenta dois critérios principais a serem observados na aplicação da teoria: I) a quase certa falência da empresa adquirida, sendo inviável sua recuperação; II) a inexistência de outras soluções menos lesivas à competição no mercado.

Por outro lado, as Diretrizes de Concentrações Horizontais da Comissão de Comércio dos Estados Unidos, de 1992, apontam como pressupostos dessa teoria (UNITED STATES OF AMERICA, 1997, p. 33): I) a companhia em dificuldades não conseguirá honrar suas obrigações no futuro próximo; II) seria impossível reestruturar economicamente a empresa em dificuldades por um processo de recuperação; III) houve tentativas, sem sucesso, para que os ativos tangíveis e intangíveis da empresa alienante fossem adquiridos mediante alternativas menos lesivas à concorrência; IV) sem a operação pretendida, muito provavelmente os ativos da companhia em crise deixariam o mercado .

Percebe-se que tanto a doutrina quanto os regramentos oficiais acerca da teoria em comento se voltam à situação de crise insanável, isto é, de falência iminente da companhia em crise, chegando a apontar como um dos requisitos de aplicação da *failing firm defense* a impossibilidade econômica da recuperação da sociedade empresária.

Não se entende, todavia, que haja qualquer tipo de exclusão das empresas em processo de recuperação do âmbito de incidência da teoria. Conforme explicado por Salomão Filho (2013, p. 251-252), essa excepcional permissão de concentração, independentemente do poder de mercado centralizado em um só agente, justifica-se no fato de que a eventual falência da companhia em crise ocasionaria a saída de seus ativos do mercado, resultando dessa perda de capacidade produtiva uma inevitável concentração de poder nos participantes restantes do

mercado.

Ora, se a concentração econômica pode ser tolerada quando se está diante de uma provável falência da empresa adquirida, por que não seria ela tolerada, por exemplo, nos casos em que a alienação de ativos da sociedade empresária em dificuldades se configura como saída para evitar essa falência? Em ambos os casos, há de se ponderar os objetivos de evitar a concentração de poder em um agente e de preservar a existência dos ativos da companhia em crise, ressaltando-se ainda que, no caso das sociedades empresárias em processo de recuperação, afiguram-se menores os prejuízos à concorrência, eis que, caso bem-sucedida a reestruturação econômica, haverá a manutenção desta concorrente no mercado.

Em sentido similar ao aqui sustentado, cita-se a decisão de 2009 do *Office of Fair Trading* (UNITED KINGDOM, 2009), autoridade então competente para a análise de atos de concentração no Reino Unido, na qual se entendeu, com base na *failing firm defense*, pela possibilidade da aquisição de quinze filiais de certa empresa em recuperação por uma de suas concorrentes.

Constatado que essa concepção pode ser aplicada às companhias em processo de recuperação, cumpre adaptar os seus pressupostos às peculiaridades dessas empresas, respeitando-lhe os fundamentos e objetivos.

Em primeiro lugar, deve a teoria ser aplicada tão somente aos casos em que, não concluída a operação pretendida, seja presumível a falência da empresa, a qual seria ainda mais danosa que a concentração econômica. Isto é, deve restar demonstrado que, caso não seja autorizada a prática do ato com repercussões concorrenciais – a aquisição de ativos da companhia em crise, por exemplo – é provável a falência da

recuperanda.

Além disso, é fundamental a comprovação de que o ato o qual se pretende realizar é o menos lesivo possível à concorrência, ou seja, que inexistente um método de recuperar a empresa com menores repercussões negativas do aspecto concorrencial – ou, caso haja um, que ele foi tentado primeiramente, sem lograr êxito –. Exemplificando: é inviável a utilização da teoria para permitir uma aquisição de filiais da recuperanda se houver outro meio de recuperar a sociedade empresária – como uma operação societária – o qual resulte em menor concentração e que ainda não tenha sido tentado.

Por fim, é importante seja constatado que uma eventual falência da companhia resultaria na saída de seus ativos do mercado, eis que, conforme explicado por Fernandes (2013, p. 30), é possível estes sejam realocados de modo efetivo para o uso de outras empresas no mesmo mercado relevante, de modo que não basta o preenchimento dos demais requisitos supracitados, caso o fracasso da recuperação não enseje essa perda de capacidade produtiva.

É possível, por conseguinte, chegar aos seguintes critérios de aplicação: I) a empresa em recuperação, sem o ato de concentração pretendido – no caso em estudo, alienação de ativos tangíveis e intangíveis – não conseguiria se reestruturar economicamente; II) inexistem – ou foram tentados, sem sucesso – meios de recuperar a empresa menos lesivos à concorrência; III) com a falência da empresa em recuperação, muito provavelmente seus ativos deixariam o mercado.

Deste modo, tem-se que a teoria da *failing firm defense* é compatível com o instituto da recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos supramencionados, eis que não há diferença substancial que justifique tratamento distinto à empresa a qual, independentemente

do negócio pretendido, provavelmente irá falir, e a empresa que, na ausência do negócio pretendido, presumivelmente chegará a esse mesmo resultado.

3.2 A aplicação da *failing firm defense* no Brasil

Não é suficiente, porém, a constatação dessa compatibilidade, sendo necessário se verificar a aplicabilidade dessa teoria ao ordenamento jurídico brasileiro. Destacando o já delineado caráter instrumental do Direito Concorrencial, prevê o Art. 88, § 6º, da Lei Antitruste, que é possível a autorização de atos de concentração que promovam a eliminação de concorrência ou que criem ou fortaleçam agentes dominantes no mercado, contanto que haja um incremento na eficiência econômica e relevantes benefícios aos consumidores.

Em primeiro momento, poder-se-ia, por meio de interpretação estritamente literal do texto legal, cogitar que não estaria a *failing firm defense* albergada no sistema jurídico brasileiro, eis que se trata de teoria que pretende justificar a autorização de operações que ocasionam concentração econômica não pelos benefícios diretamente gerados, mas pelos prejuízos superiores, eventualmente advindos de uma provável falência, evitados.

Melhor interpretação, contudo, é aquela que amplia o conceito de aumento de competitividade e produtividade e de benefícios aos consumidores, por exemplo, para além das vantagens diretas, comparando-se com o cenário presumivelmente advindo da não realização do ato de concentração. É plausível que o aumento de poder econômico de um agente não ocasione um incremento de eficiência em relação à situação anterior, mas ainda assim seja interessante,

considerando-se que a alternativa a isso é a perda de capacidade produtiva no mercado, a qual além de indesejável por si própria, igualmente resulta em uma concentração de mercado. Nesse sentido, sustenta Salomão Filho (2013, p. 254):

Desde que se tome como parâmetro de comparação a situação que se verificaria caso a capacidade produtiva da empresa deixasse o mercado, todos os requisitos do art. 88 estariam cumpridos. Haveria real ganho líquido de eficiência. Com ou sem aquisição, ocorreria ineficiência alocativa (em função da diminuição da produção). Portanto, o único efeito da aquisição é a criação de eficiência produtiva (Art. 88, § 6º, I, “a”).

No que se refere a casos de efetiva aplicação da teoria no Brasil, é possível se apontar que, apesar de já ter sido suscitada em outras oportunidades, a única ocasião em que se utilizou expressamente a *failing firm defense* no Brasil foi no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-75 (BRASIL, 2010, p. 15-16), em que se discutia a aquisição, por parte da Votorantim Metais Zinco S/A, de direitos minerários da Massa Falida de Mineração Areiense S/A. Nesta oportunidade, posicionou-se o CADE no sentido de que, apesar da concentração econômica originada, deveria ser a operação autorizada, pois foram tentadas, sem sucesso, soluções menos lesivas à concorrência, e uma eventual rejeição resultaria na não utilização dos direitos minerários negociados, diante da situação financeira da empresa que os possuía.

Destarte, está a *failing firm defense* em harmonia com a melhor interpretação da legislação antitruste e com o entendimento contemporâneo de Direito Concorrencial no Brasil, qual seja, o de que a defesa da concorrência é meio de garantia do bem-estar coletivo, o

que se alcança na medida em que há maior eficiência alocacional.

Igualmente, é patente a adequação ao Direito Recuperacional, ao se privilegiar a preservação da empresa, nas hipóteses em que um ato de concentração lesivo à concorrência representa o único método viável de reestruturação econômica da recuperanda, podendo ser assim autorizado, desde que atendidos os pressupostos de aplicação supracitados.

Resta claro, portanto, que essa concepção está em sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro, podendo harmonizar o Direito Recuperacional e o Direito Concorrencial, nos casos em que os meios utilizados para reorganizar financeiramente a empresa em processo de recuperação representam atos de concentração danosos à concorrência.

Esses conflitos, que devem se tornar cada vez mais comuns, em face da situação de crise econômica do Brasil, e sobretudo em casos de aquisição de ativos de empresas em recuperação, por conta dos incentivos econômicos concedidos pela Lei de Recuperações e Falências, podem ser solucionados a contento pela utilização da teoria da *failing firm defense*, a qual, espera-se, seja recepcionada e aplicada pelo CADE.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se, no presente trabalho, analisar, à luz da teoria da *failing firm defense*, eventuais casos de concentração econômica oriundos da aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial, meio legalmente previsto e privilegiado por incentivos como a não sucessão nos débitos do alienante. Trata-se de relevante tema, ante o aumento de pedidos de recuperação judicial, suscitado pela crise que se

instala no Brasil, e pelo entendimento de que as situações de dificuldade econômica representam também oportunidades de negócios, como a possibilidade de se adquirir ativos de companhias em crise com condições mais favoráveis.

Ao longo do estudo, intentou-se delinear os fundamentos e objetivos do Direito Recuperacional e do Direito Concorrencial, perquirindo-se acerca dos pressupostos da *failing firm defense* e da sua aplicabilidade no Brasil como meio de harmonizar os conflitos citados.

No primeiro tópico, procedeu-se com uma breve revisão da evolução histórica do instituto da recuperação judicial, desde os seus primórdios, na concordata, até os seus contornos atuais. Foram destacados os grandes avanços legislativos promovidos pela Lei nº 11.101, de 2005, e, dentre eles, o incentivo concedido àqueles que adquirem ativos de empresas em recuperação, não se sujeitando estes adquirentes à sucessão dos débitos do alienante, inovação a qual, apesar de positiva, gerou conflitos com o Direito do Trabalho e é hábil, conforme posteriormente demonstrado, a gerá-los com o Direito Concorrencial.

Em seguida, fez-se uma análise do Direito Concorrencial, buscando sua caracterização moderna e confrontando seus fundamentos e objetivos com os do Direito Recuperacional. Concluiu-se que não há, ao menos em tese, conflito entre a legislação antitruste, entendida como instrumento para garantir o bem-estar da coletividade, e o instituto da recuperação judicial, fortemente inspirado pelo princípio da preservação da empresa, corolário do princípio da função social da empresa, sendo possível vislumbrar, todavia, conflitos entre a disciplina da concentração econômica e os meios de recuperação da empresa, eis que uma prática utilizada como método de reestruturação da companhia pode ser considerada, no caso concreto, como causadora de uma

concentração lesiva à concorrência no mercado.

Por fim, como sugestão para solução do conflito exposto, é exposta a teoria da *failing firm defense*. Após um estudo de seus pressupostos de aplicação, concluiu-se pela viabilidade de sua utilização também em casos envolvendo empresas em processo de recuperação, sendo necessária, todavia, uma adaptação de seus critérios. Do mesmo modo, entende-se ser possível a sua adoção no Brasil, subsumindo-a nos casos do Art. 88, § 6º, da Lei nº 12.529.

Ainda em se falando dos critérios de aplicação da teoria, propõe-se os seguintes, nos casos envolvendo empresas em recuperação: I) a empresa em recuperação, sem o ato de concentração pretendido – no caso em estudo, alienação de ativos tangíveis e intangíveis – não conseguiria se reestruturar economicamente; II) inexitem – ou foram tentados, sem sucesso – meios de recuperar a empresa menos lesivos à concorrência; III) com a falência da empresa em recuperação, muito provavelmente seus ativos deixariam o mercado.

Deste modo, espera-se que haja uma crescente utilização da teoria da *failing firm defense* no Brasil, entendendo-se ela também como uma forma de harmonizar eventuais conflitos entre o Direito Recuperacional e o Direito Concorrencial, sendo imperioso, entretanto, que sejam respeitados os seus requisitos, a fim de que não haja a sua descaracterização.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de**

empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALONSO, Manoel. Meios de recuperação judicial da empresa em crise financeira. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Falência e concordatas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 2, p. 101-120, jan./dez. 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.000321/2010-67. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 abr. 2010, n.º 67, Seção 1, p.88, 89, 90. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/sesoes-pasta-geral/atas-de-julgamento/atas-de-sesoes-ordinarias-de-julgamento/ata-464a-soj.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3934**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3934RL.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Roberta. **Failing firm defense**: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%200033.pdf/at_download/file>. Acesso em: 28 out. 2015.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**: estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 14.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Arts. 50 a 52. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: _____ (Org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p. 28-29.

MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). **Direito de propriedade e meio ambiente**: novos desafios para o século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

MOLAN, Eduardo; OLIVEIRA, Juliana. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERSSON, Lars. The failing firm defense. **The Journal of Industrial Economics**, Bruxelas, v. 53, n. 2, pp. 175-201, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cesruc.org/uploads/soft/130306/1-130306155U4.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Lei de recuperação de empresas: comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SWIRSKA, Agnieszka. **Failing firm defence**. 2003. 49 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lund. Lund, 2003. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/downloadFile&recordId&recordId=1554682&fileId=1563408>>. Acesso em: 27 out. 2015.

UNITED KINGDOM. Office of Fair Trading. **OFT clears acquisition of Zavvi stores by HMV under ‘failing firm’ analysis**. 2009. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2009/47-09>>. Acesso em: 28 out. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Trade Commission. **Horizontal merger guidelines**. 1997. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. Arts. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**. Rio

de Janeiro: Forense, 2009.

Como citar: MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. A aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da *failing firm defense*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.9-36, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p9. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 07/09/2016.

Aprovado em: 22/02/2018.

REIVINDICAÇÕES POR JUSTIÇA E A IDENTIFICAÇÃO DE ATINGIDOS NO EIXO MINERÁRIO DO PROJETO MINAS-RIO

JUSTICE CLAIMS AND THE IDENTIFICATION OF AFFECTED PEOPLE IN THE MINING AXIS OF THE PROJETO MINAS-RIO

Elora Raad Fernandes*
Sergio Marcos Carvalho de Ávila
Negri**

Como citar: FERNANDES, Elora Raad; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Reivindicações por justiça e a identificação de atingidos no eixo minerário do projeto Minas-Rio. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.37-73, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p37. ISSN: 2178-8189.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
Graduada em Direito em 2016 pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
Email: elorafernandes@live.com

** Doutor em Direito em 2011 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestre em Direito em 2006 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Especialista em Direito Civil em 2010 Università di Camerino (UNICAM).
Graduado em Direito em 2003 pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
Email: smenegri@yahoo.com

Resumo: O presente trabalho pretende analisar o processo de identificação de atingidos no eixo minerário do Projeto Minas-Rio, que compreende os municípios de Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas e Dom Joaquim, em uma perspectiva de justiça, segundo Nancy Fraser. Realiza-se um estudo de caso com base nos preceitos Robert Yin, segundo o qual seria possível dar início ao desenvolvimento de uma teoria sobre o processo de identificação de atingidos no

Brasil, que poderá ser replicada e confirmada em outros casos. Conclui-se que injustiças das três dimensões definidas pelo marco teórico foram identificadas ao longo do processo de instalação do empreendimento, quais sejam, as de redistribuição, reconhecimento e representação e que esta última poderia estar obstruindo a busca pela reparação das injustiças de primeira ordem. Neste sentido, através da análise de outros casos de violações de direitos humanos em empreendimentos minerários, seria possível encontrar padrões de comportamento empresarial e estatal que fazem com que o modelo atual de identificação de atingidos tenha de ser revisto.

Palavras-Chave: Projeto Minas-Rio. Identificação de atingidos. Direitos Humanos e empresas.

Abstract: This study analyzes the identification process of the affected people in the mining axis of *Projeto Minas-Rio* – formed by the cities of Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas and Dom Joaquim. Moreover, this research stems from Nancy Fraser's perspective of justice and explores this case as an instrument for developing a theory necessary for an effective identification process while still being able to be replicated and confirmed if other cases occur. Furthermore, this paper concludes that injustices from the theoretical framework's three dimensions alongside the

project's installation process are damaging to a larger social perspective, specifically in the context of injustices from redistribution, recognition and representation and the latter could be obstructing the reparation of first-order injustices. In this sense, through the analysis of other cases of human rights violations in mining enterprises, it is possible to find patterns of business' and state's behavior that causes the need for the current model to be reviewed.

Keywords: Projeto Minas-Rio. Identification of affected people. Business and human rights.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a linguagem jurídica se estruturou por meio de um processo de abstração. O desprezo pelo concreto mascara, por vezes, filtros institucionalizados que impossibilitam algumas pessoas ou grupos de apresentarem, em condições de paridade com os demais, reivindicações por justiça, contribuindo, assim, com a neutralização e ocultamento dos conflitos sociais. Ao contrário da imagem do sujeito jurídico, delineado abstratamente pelo campo jurídico, existe, em concreto, uma disputa, nem sempre assinalada, pela determinação de quem são efetivamente os verdadeiros titulares de demandas por violações de direitos.

A análise de conflitos e das violações de direitos humanos envolvendo o exercício da atividade de mineração no Brasil pode auxiliar na compreensão desses filtros, que funcionam como verdadeiros obstáculos aos processos de reivindicação por justiça. A determinação das pessoas e comunidades atingidas pela implantação e operação de um empreendimento minerário mostra-se fundamental para o estabelecimento de uma política socialmente responsável e para a mitigação dos danos socioambientais efetivamente causados. Ocorre que, principalmente durante o licenciamento ambiental de empreendimentos minerários, a noção de “atingido” é trabalhada em uma perspectiva restritiva e excludente, como se fosse meramente técnica e econômica.

Esse quadro não é diferente no eixo minerário do “Projeto Minas Rio”, atualmente administrado pela Anglo Ferrous Minas-Rio Mineração S.A, caso escolhido para o trabalho em questão. Nessa perspectiva, busca-se analisar, no presente trabalho, como se desenvolveu o processo

de identificação de atingidos no local, destacando principalmente o nível de participação da própria comunidade na construção da categoria em disputa. Para tal, utiliza-se a metodologia do estudo de caso, segundo os preceitos de Robert Yin (2005).

Como marco teórico, utiliza-se a teoria de justiça de Nancy Fraser, segundo a qual as reivindicações por justiça social podem ser divididas em três dimensões: as reivindicações por redistribuição e por reconhecimento (denominadas pela autora como questões de primeira ordem) e por representação (de segunda ordem). Sua teoria será utilizada como base para subsunção das violações de direitos humanos encontradas ao longo da instalação do empreendimento e posterior definição da justiça no processo de identificação de atingidos por empreendimentos minerários.

A partir do exposto, o presente trabalho se divide em quatro partes. Após a introdução do tema e da abordagem adotada ao longo do trabalho, na primeira parte expõe-se a metodologia utilizada, qual seja, o estudo de caso, segundo proposto por Robert Yin, assim como justificativas e limitações do trabalho. Na segunda, apresenta-se a teoria tridimensional de justiça de Nancy Fraser como marco teórico adotado. Na terceira seção, discute-se o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) como o momento correto de identificação dos atingidos, de acordo com a legislação ambiental, a fim de introduzir a problemática quanto ao processo de identificação de atingidos por empreendimentos minerários. Na quarta parte, apresentam-se as violações de direitos humanos ocorridas ao longo da implantação do empreendimento em seu eixo minerário através de sua subsunção às três dimensões de justiça apresentadas pelo marco teórico, numa tentativa de demonstrar a trivalência do caso aqui narrado e a injustiça no processo de identificação de atingidos por

empreendimentos minerários. Por fim, nas conclusões finais, retoma-se o exposto ao longo do trabalho e são traçadas conexões com trabalhos futuros.

1 ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS

A metodologia a ser aqui utilizada é o estudo de caso, conforme os preceitos de Robert Yin (2005). Segundo o autor, os estudos de caso, em geral, são originados de perguntas de pesquisa do tipo “como” e “por que”, “quando o pesquisador tem pouco controle sobre os acontecimentos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real” (YIN, 2005, p. 19). Esse tipo de estudo, portanto, permite investigar um caso preservando características significativas da vida real, características estas tão complexas que uma estratégia experimental ou mesmo um levantamento não seriam suficientes para abarcar.

O método do estudo de caso pode ser utilizado de diversas maneiras e, neste trabalho, ele será empregado como uma forma de iniciar uma generalização de teorias. Segundo Yin (2005), uma das maiores preocupações quanto aos estudos de caso é que eles fornecem pouca base para generalizações científicas. Ocorre que estes, na verdade, são generalizáveis a proposições teóricas e não a populações ou universos, ou seja, a lógica a ser aplicada é a da replicação e não a da amostragem (generalização analítica e não generalização estatística).

Nesta linha, busca-se responder como se desenvolveu o processo de identificação das pessoas atingidas pelo eixo minerário do Projeto Minas-Rio, no que se refere à justiça do procedimento. Como hipótese, acredita-se que tal processo produziu várias formas de injustiça, ao violar

diversos direitos humanos da comunidade atingida e produzir obstáculos políticos que impediram a participação da população em condição de paridade com os demais atores envolvidos.

A fim de se seguir o critério de qualidade denominado validade do constructo (YIN, 2005), buscou-se fontes múltiplas de evidência. Posto que esta metodologia é utilizada quando o pesquisador possui pouco controle sobre os eventos do caso, sendo estes predominantemente contemporâneos, analisou-se dados indiretos sobre o empreendimento, como relatórios produzidos sob a perspectiva dos atingidos e documentos oficiais derivados do processo de licenciamento do empreendimento.

Como unidade de análise do caso, o marco temporal utilizado é definido pelo início da discussão sobre o licenciamento, no ano de 2006 até a concessão da Licença de Operação, no final de 2014. Especialmente, escolheu-se estudar a identificação de atingidos no eixo minerário do empreendimento, que compreende as cidades de Conceição do Mato Dentro, onde se encontra a grande mina Sapo-Ferrugem, Alvorada de Minas, onde se situa a estação de beneficiamento do minério e Dom Joaquim, onde se localiza o Rio Peixe, que fornece água para o empreendimento.

Cabe ressaltar os limites metodológicos enfrentados, uma vez que o estudo de apenas um caso pode não fornecer uma base tão sólida para o estabelecimento de teorias. Ademais, a riqueza de detalhes de um caso que já dura mais de dez anos não pode ser completamente descritas, de modo que aqui se encontram as passagens mais importantes no tocante à identificação e à tutela dos direitos dos atingidos pelo empreendimento. Assim, esse estudo pretende ser o início de uma análise mais ampla e profunda de outros casos semelhantes. Em trabalhos futuros, ao se coletar informações sobre outros empreendimentos minerários, um

padrão de comportamento pode ser encontrado, de maneira a possibilitar o estabelecimento de uma teoria sobre a identificação de atingidos por empreendimentos minerários no Brasil.

2 FRASER E A TEORIA DE JUSTIÇA TRIDIMENSIONAL

O substrato teórico deste trabalho tem como base a teoria de justiça tridimensional de Nancy Fraser (2006, 2009) e Fraser e Honneth (2003). Segundo a autora, no mundo de hoje, reivindicações por justiça social, no que concerne a questões de primeira ordem (substanciais), parecem estar divididas em dois tipos. Primeiramente, existem as reivindicações redistributivas, que buscam uma distribuição mais justa dos recursos e riquezas. Em segundo lugar, têm-se as reivindicações de reconhecimento, voltadas para o respeito das diferenças, a partir das quais se busca um caminho em que a assimilação às normas culturais dominantes não seja mais o preço a ser pago pelo respeito. Além desses dois tipos de reivindicações, há ainda questões de segunda ordem acerca da estrutura apropriada a ser considerada para essas reivindicações substantivas, incorporando-se a dimensão política da representação.

Em relação às injustiças de primeira ordem, que geram reivindicações por redistribuição e reconhecimento, estas, em um primeiro momento, podem parecer contrastantes, uma vez que a) assumem diferentes conceitos de justiça; b) necessitam de remédios diferentes para que sejam solucionados (reestruturação econômica *v.* mudança cultural ou simbólica, respectivamente); c) abarcam diferentes concepções de coletividade que sofrem a injustiça (classes ou coletividades similares a classes *v.* grupos de *status*); d) possuem entendimentos diversos do que seriam diferenças de grupo, pois no paradigma da redistribuição, tais

diferenças seriam injustas, sendo o resultado socialmente construído de uma política econômica injusta e, no paradigma do reconhecimento, buscar-se-ia chamar atenção para a especificidade de um grupo e a sua diferenciação.

Ocorre que o chamado dilema da redistribuição-reconhecimento é, na verdade, uma falsa antítese. Apesar de poderem ser abstratamente e em casos específicos discutidas de maneira separada, não podendo ser subsumidas entre si, as lutas pela redistribuição e pelo reconhecimento formam duas facetas de uma mesma justiça. Nesse aspecto, não se pode esquecer que nem todas as formas de não-reconhecimento são um produto da má-distribuição e, tampouco, as teorias de reconhecimento podem abarcar problemas com distribuição. Isso é facilmente percebido caso a questão seja colocada em um espectro. Em um extremo estão os casos que se encaixam no paradigma da redistribuição (onde estaria uma divisão social típica, enraizada na estrutura econômica da sociedade) e, no outro, os que se encaixam no do reconhecimento (em que estaria uma divisão típica do paradigma do reconhecimento, baseada em uma ordem social de *status*, opostamente à estrutura econômica).

A questão fica mais turva, porém, ao considerarmos as coletividades localizadas na região intermediária, onde encontramos tipos híbridos que combinam características de ambas as reivindicações. Essas são as chamadas coletividades bivalentes que sofrem, portanto, injustiças que remontam às duas dimensões, de forma que nenhuma delas seja efeito indireto da outra (exemplo disso seriam os problemas de gênero). Nota-se, assim, que não é possível ater-se ao reducionismo de considerar apenas um remédio para cada coletividade, de forma que o objetivo deve ser desenvolver uma abordagem integrada que englobe e harmonize tais facetas da justiça em uma única estrutura normativa.

O núcleo normativo dessa concepção é a noção de paridade de participação: de acordo com tal norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam que todos interajam um com os outros como pares. Superar injustiças, portanto, significa retirar os obstáculos institucionalizados que impedem que alguns sujeitos participem em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais de interação social.

Além das dimensões acima apresentadas, esta noção também é núcleo normativo da terceira dimensão da justiça, segundo Fraser (2009), qual seja, a representação. Segundo a autora, durante muito tempo as questões de justiça foram discutidas em um enquadramento Keynesiano-Westfaliano, ou seja, dentro do Estado nacional. Com a globalização, esse enquadramento pode ser produtor de injustiças políticas, uma vez que nele não se discute o “quem” e o “como” da justiça, questões cruciais nos tempos atuais em que organizações e empresas transnacionais geram discussões que transcendem as fronteiras do Estado. Discute-se apenas o “que” da justiça, ou seja, o que deve ser reparado.

Analisando a questão em níveis de pertencimento e procedimento, a representação é uma questão de pertencimento social no que diz respeito a um primeiro nível, que está ligado à definição de fronteiras do político, isto é, trabalha-se “a inclusão ou a exclusão da comunidade formada por aqueles legitimados a fazer reivindicações recíprocas de Justiça” (FRASER, 2009), o que pode levar a uma injustiça de mau enquadramento. De outro modo, a regra decisória, em um segundo nível, “diz respeito aos procedimentos que estruturam os processos públicos de contestação” (FRASER, 2009), que podem levar a injustiças de falsa-representação política-comum.

Face à globalização é crucial, portanto, mudar as fronteiras do “quem” da justiça e o modo de sua constituição (“como”), a fim de que

se superem as injustiças do mau enquadramento. Para tanto, a autora adota uma política transformativa que reivindica novo enquadramento aos debates sobre justiça, devendo esta obedecer não mais ao “espaço dos lugares, mas ao espaço dos fluxos” (FRASER, 2009, p. 28). Quando, porém, se falha em institucionalizar a paridade de participação no nível metapolítico, deve-se passar a discutir a própria democratização do processo de estabelecimento do enquadramento, de forma que as lutas por justiça em um mundo globalizado não podem obter sucesso se não caminharem em conjunto com as lutas por democracia metapolítica.

3 O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E O PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO DE ATINGIDOS

O licenciamento ambiental foi criado como um instrumento institucional para o controle e avaliação da sustentabilidade de atividades humanas que interferem nas condições socioambientais. Pensado como uma forma de se buscar um melhor equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, revela-se, por vezes, como um procedimento insuficiente para uma efetiva avaliação da viabilidade socioambiental de determinados empreendimentos.

No Brasil, segundo a Resolução nº 237 de 1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA, 1997), o processo de licenciamento ambiental é repartido em três fases: a Licença Prévia, que aprova a sua localização e concepção e estabelece requisitos e condicionantes a ser atendidos nas próximas fases de implementação; a Licença de Instalação, que autoriza a instalação do empreendimento “de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais

condicionantes, da qual constituem motivo determinante” (CONAMA, 1997) e a Licença de Operação, que autoriza a “operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação” (CONAMA, 1997).

Instrumento previsto na Constituição brasileira, em seu Art. 225, §1º, Inciso IV, o EIA “é um documento de natureza técnica, que tem como finalidade avaliar os impactos ambientais gerados por atividades e/ou empreendimentos potencialmente poluidores ou que possam causar degradação ambiental”. Ele deve trazer, também, medidas mitigadoras e de controle ambiental, com o objetivo de garantir o uso sustentável dos recursos naturais (BRASIL, 2009).

Segundo a Resolução nº 001 (CONAMA, 1986), a elaboração do EIA e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é obrigatória em determinados licenciamentos. Estas hipóteses estão elencadas em seu art. 2º e uma delas, presente no inciso IX, é a “Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração” (CONAMA, 1986). O órgão competente para o licenciamento pode ainda fixar, com base nas diretrizes da resolução, indicações adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias através de um Termo de Referência.

A Resolução 001/86 (CONAMA, 1986) estabelece que o EIA deve ser realizado por equipe multidisciplinar habilitada, que deverá ser responsável tecnicamente pelos resultados apresentados, e deve apresentar, no mínimo, quatro atividades técnicas, elencadas em seu art. 6º. Dentro da primeira atividade técnica exigida pela resolução, qual seja, o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, com uma descrição detalhada dos recursos ambientais e suas interações, além de

considerar-se o meio físico (alínea a) e o meio biológico e os ecossistemas naturais (alínea b), é necessário diagnosticar o meio socioeconômico, que contemplaria:

[...] o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. (CONAMA, 1986).

Ademais, o art. 5º da resolução, em seu inciso III, dispõe que o EIA deverá “definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza” (CONAMA, 1986). É exatamente no momento de elaboração do EIA, portanto, que os atingidos devem ser identificados, justamente porque nele são descritas todas as mudanças socioeconômicas e ambientais a ser sofridas na região.

Todas as despesas referentes à realização do Estudo de Impacto Ambiental deverão correr por conta do proponente do projeto (CONAMA, 1986). Percebe-se, de tal forma, que a equipe responsável pela elaboração do estudo é contratada pelo próprio interessado na concessão da licença, o que pode gerar conflitos. Conforme destaca Zhouri (2008), o papel desempenhado pelas empresas de consultoria ambiental compromete a própria transparência do processo, uma vez que, seguindo a lógica do mercado, elas tendem a “elaborar estudos que não inviabilizem o projeto dos contratantes” (ZHOURI, 2008, p. 102).

Existem também problemas no que se refere à previsão legal da participação popular na elaboração do EIA. A realização de audiência

pública não é obrigatória e, segundo Resolução 009/87 (CONAMA, 1987), em seu art. 2º, apenas será realizada quando o órgão de meio ambiente julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por cinquenta ou mais cidadãos. A ata de tal audiência servirá de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto, segundo art. 5º da Resolução (CONAMA, 1987).

Ademais, a resolução traz apenas a possibilidade da realização de audiências públicas para conhecimento do projeto e seus impactos e para a discussão do RIMA. A participação popular se concretiza, assim, tardiamente, com o relatório já produzido e com decisões já realizadas. Apoiados em uma linguagem técnica, os relatórios são confirmados sem que os questionamentos feitos pela comunidade sejam respondidos, o que transforma a participação popular em simples forma de “legitimação de um processo previamente definido” (ZHOURI, 2008, p. 103).

4 O PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO DE ATINGIDOS NO EIXO MINERÁRIO DO PROJETO MINAS-RIO

4.1 Aspectos gerais do projeto

Segundo Barcelos (2014), o Projeto Minas-Rio pode ser considerado o maior empreendimento mineiro-portuário do mundo e está configurado em dois trechos: o trecho em Minas Gerais, que inclui a fase da exploração, tratamento e transporte mineral, além da planta industrial de beneficiamento e tratamento de minério, e o trecho fluminense que é composto pela continuação do mineroduto, pelo Complexo Industrial e Portuário do Açú, com linhas de transmissão entre o empreendimento e a Furnas, e por um corredor logístico ligando o empreendimento à BR-101.

Este projeto se efetivou através da congregação de interesses econômicos regionais-globais dos governos de Minas Gerais, do governo do Rio de Janeiro e do Grupo EBX, do empresário Eike Batista, o que expressa a capilaridade do setor privado no desenrolar dos programas e políticas estatais. Em janeiro de 2008, a mineradora Anglo American adquiriu todos os direitos dos projetos Minas-Rio e Amapá até então pertencentes à MMX – Mineração e Metálicos S.A. Para tanto, foi realizada a cisão parcial da mineradora controlada por Eike Batista. A reestruturação da MMX não promoveu, contudo, a completa separação dos projetos. Mesmo sendo uma sociedade distinta, com personalidade jurídica própria, a Anglo, por meio das suas controladas, participa, ainda que indiretamente, de aspectos importantes do projeto do complexo portuário

A cisão parcial da MMX e a transferência dos direitos do Projeto Minas-Rio induzem a fragmentação, mas não podem ser utilizadas para apagar os traços da conexão inicial entre os projetos, que ainda persistem. Isso ocorre porque toda a reestruturação societária foi realizada, segundo o receituário padrão, conjuntamente com a formalização de novas alianças e conexões. Mesmo assim, como acontece com os grandes empreendimentos de infraestrutura existe, para fins de responsabilização, uma tentativa de completa fragmentação dos projetos.

Várias estratégias são utilizadas com essa finalidade. A primeira, e geralmente a mais importante, diz respeito à indevida separação dos processos de licenciamento ambiental, prejudicando, assim, a análise dos impactos causados. Não verdade, a fragmentação se transforma, por vezes, em estratégia jurídica para dificultar a responsabilização das sociedades empresárias envolvidas no empreendimento.

A partir desse panorama, neste tópico será feita uma análise

do processo de identificação de atingidos ocorrido na fase minerária do Projeto Minas-Rio, com base na teoria de justiça de Nancy Fraser. Ao que se parece, o que ocorreu no caso do Projeto Minas-Rio, no que concerne à mina de minério de ferro e suas estruturas adjacentes, foram injustiças referentes às três dimensões tratadas pela autora, como se explicará a seguir. Assim, escolheu-se dividir este tópico a partir da subsunção dos dados encontrados sobre o empreendimento às três dimensões de justiça desenvolvidas pelo marco teórico: os dois primeiros pontos relacionados às reivindicações por justiça de primeira ordem (substanciais), quais sejam, por redistribuição e por reconhecimento e o terceiro item concernente às reivindicações por justiça de segunda ordem, isto é, por uma adequada representação.

Ressalta-se uma limitação metodológica quanto a essa divisão, pois, como já reforçado anteriormente, mesmo que autônomas, essas facetas são interligadas, não podendo ser divididas de forma estanque. As violações serão discutidas em cada item de acordo com a predominância de cada dimensão de justiça. A descrição das violações será importante para que se perceba de que maneira a comunidade foi atingida. A ênfase, porém, será dada na dimensão política, uma vez que se acredita que esta deve ser a primeira a ser solucionada, pois esta pode obstruir a promoção da justiça e reparação dos direitos humanos referentes às injustiças de primeira ordem.

4.2 As injustiças de redistribuição

A dimensão redistributiva da justiça está ligada à estrutura econômica da sociedade e diversas injustiças desse tipo podem ser verificadas no caso em estudo. Exemplos como a privação, isto é, não

ter acesso a um mínimo existencial de bens e a marginalização, que ocorre quando pessoas são obrigadas a exercer um trabalho indesejado (FRASER, 2006), são flagrantes.

Como destaca Coelho (2015), a mineração tem relação direta com o subdesenvolvimento, sendo que, por vezes, até mesmo o aprofunda ao reproduzir estruturas de concentração de renda e exploração de trabalhadores em “circuitos econômicos exclusivos e, por isso, excludentes das populações locais, principalmente de grupos de baixa renda” (COELHO, 2015, p. 57).

O avanço da mineração e da exploração de recursos naturais envolve também disputas por terra e pelos recursos a ela agregados. Assim como aconteceu em outras regiões, a concepção do Projeto Minas-Rio passa, necessariamente, pela expropriação do território de pequenos agricultores e da comunidade local. Nas complexas operações de reestruturação societária, transferência de ativos e alteração de nomes que envolveram a MMX e a Anglo, não se pode deixar de ressaltar a presença de uma sociedade subsidiária, a Borbagato Agropastoril S.A.(“Borbagato”).

Controlada inicialmente pela MMX, a Borbagato tem como objeto social, a compra, venda, locação, e/ou arrendamento de terrenos e imóveis em áreas urbanas e rurais. A sociedade em questão esteve envolvida na polêmica aquisição de terrenos na região do Projeto Minas-Rio para a MMX, antes da divulgação do interesse da sua controladora na construção do empreendimento. A estratégia envolvia uma abordagem violenta dos moradores para que vendessem seus terrenos, diante da inexorabilidade da obra (SANTOS, 2009 apud BARCELOS, 2014). Os valores pagos pelos terrenos eram irrisórios, as moradias de diversas famílias eram tomadas e dava-se início ao processo de desmobilização

dos atingidos, pois a empresa lidava com cada família em separado a fim de “negociar” as propriedades.

Ressalta-se, também, que diante do acordo já mencionado entre o governo do estado de Minas Gerais e a sociedade empresária, diversas desapropriações por utilidade pública realizadas pela administração para a construção das minas e dos dutos foram decretadas. Foram desapropriadas as terras necessárias “à construção das instalações complementares ao empreendimento mineroduto Minas-Rio e à implantação das minas de minério de ferro e da usina de beneficiamento, localizadas nos municípios de Conceição do Mato Dentro e Alvorada de Minas respectivamente” (REPRESENTAÇÃO MPF, 2012, p. 3 apud BARCELOS, 2014, p. 56). Além do preço pago pela terra que, constantemente, era alvo de conflitos e demandas judiciais, há relatos de que “as terras adquiridas eram cercadas e os moradores impedidos de por elas circular, o que impedia a continuidade do uso coletivo e o acesso à água.” (BARCELOS, 2014, p. 54).

Apesar dos diversos problemas fundiários e dos questionamentos contrários à instalação do empreendimento no local, a Licença Prévia foi concedida pelo órgão ambiental, em dezembro de 2008, com 78 condicionantes. Tal decisão pode ter sido influenciada pelo fato de as licenças da mina, do mineroduto e do complexo industrial do porto terem corrido separadamente e em órgãos diferentes. Como as Licenças Prévias do mineroduto e do porto de Açú já haviam sido concedidas em 2007, o licenciamento da mina passou a ser indispensável para o funcionamento das fases já licenciadas (GUSTIN, 2015).

Em parecer único da SISEMA, esta determina que, entre a Licença Prévia e a Licença de Instalação, deveriam “ser apresentados

os resultados do Cadastro Patrimonial e Social, as minutas de acordo com cada categoria de atingido, e os anteprojetos de reassentamento” (MINAS GERAIS, 2008), uma vez que foram detectadas falhas no EIA/RIMA quanto à delimitação do meio ambiente a ser atingido e a omissão de diversas comunidades na caracterização da Área Diretamente Afetada (ADA), da Área de Influência Direta (AID) e da Área de Influência Indireta (AI).

Em março de 2009, o empreendedor solicitou ao SISEMA a Licença de Instalação da lavra na região. Já que diversas condicionantes da Licença Prévia não haviam sido cumpridas, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) fragmentou o licenciamento em duas fases: a fase 1 seria vinculada às condicionantes já cumpridas e a fase 2 às condicionantes não cumpridas (ZHOURI, 2014 apud GUSTIN, 2015). Ressalta-se que, como previsto na Resolução nº 237 de 1997 do CONAMA (CONAMA, 1997), o cumprimento das condicionantes é condição *sine qua non* para concessão de novas licenças. Verifica-se, portanto, o descumprimento pelo poder público de tal norma, que concedeu verdadeiro “perdão” à empresa por todas as violações cometidas até esse momento.

Em dezembro de 2009 a primeira fase da licença foi concedida, estabelecendo-se ainda mais condicionantes. Uma delas, no que toca ao demandado pela comunidade em relação ao Programa de Negociação Fundiária, seriam as diretrizes gerais de reassentamento em que se estabelecia que, “em termos de área, infraestrutura, viabilidade agrícola e demais direitos sociais e produtivos atenderá, no mínimo, às diretrizes aprovadas pelo COPAM para o reassentamento da UHE Irapé.” (SEMAD, 2009, p. 14 apud BECKER; PEREIRA, 2011).

Segundo Becker e Pereira (2011), em abril de 2010, a Anglo

Ferrous Minas-Rio Mineração S.A. encaminhou à SUPRAM uma proposta de complementação dos dados socioeconômicos, porém foi manifestada discordância pelos atingidos em relação ao modelo de cadastramento apresentado, pois este não abarcava sua totalidade. A Comissão dos Atingidos, criada com o fim de fiscalizar esse processo, protocolou um documento na SUPRAM Jequitinhonha denominado “Solicitação de complementação do cadastro dos atingidos em situação emergencial da Anglo Ferrous Brazil”, em que se alegava diversas falhas na identificação de atingidos (PRATES, 2014, p. 35). Após a 43ª Reunião da URC Jequitinhonha, em que se discutiram as questões contidas no documento protocolado, foi acordado que a empresa custearia novo laudo confeccionado por empresa independente, dentre três a ser indicadas pela Comissão de Atingidos (PRATES, 2014).

Em agosto de 2011, o laudo de caracterização da área foi apresentado pela empresa Diversus. Na questão do reassentamento, verificou-se a não consideração das decisões da SUPRAM de utilizar como referência o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) de Irapé de maneira que a equipe da Diversus (2011) recomendou, entre outras medidas, a suspensão do empreendimento, enquanto não fosse resolvida a situação dos atingidos emergenciais; o reassentamento das famílias apenas quando cumpridas devidamente as cláusulas das negociações; a garantia de uma mudança saudável das famílias; o pagamento de todas as custas necessárias para a mudança e a revisão do Programa de Negociação Fundiária para se adequar ao TAC Irapé etc. Entretanto, em adendo produzido pela Diversus um ano após a publicação do diagnóstico, uma nova pesquisa revelou que tais problemas continuavam sem solução (DIVERSUS, 2012 apud PEREIRA; BECKER; WILDHAGEN, 2013).

Além de serem utilizados como moradia, os terrenos comprados

ou desapropriados eram destinados ao próprio sustento daquelas famílias e movimentavam o mercado agrícola da região. Essa situação foi ainda agravada pelo êxodo rural ocorrido após tais acontecimentos, fato completamente atenuado pelo EIA/RIMA e desconsiderado nas discussões sobre as licenças posteriores. Aqueles que conseguiram ficar também foram prejudicados, uma vez que foram privados do meio social que possibilitava o seu sustento. Por fim, além da utilização do aparato estatal para fins privados e do dinheiro público para a mitigação de direitos da população em função dos lucros da empresa, há ainda a apropriação dos bens naturais que antes eram de uso comunitário, o que também caracteriza a privação.

Após essa análise, verificam-se, em vários momentos da história do empreendimento, injustiças de ordem econômica, ou seja, de redistribuição. O caso do Projeto Minas-Rio não representa, porém, uma situação isolada, inserindo-se, na verdade, em uma lógica criada por um “paradigma neoextrativista” (MILANEZ; SANTOS, 2013). Esse modelo é responsável pela replicação dessa injustiça retratada em outros casos, na medida em que promove um processo de distribuição desigual dos recursos e dos riscos ambientais.

Nesse sentido, as comunidades locais tendem a arcar com a maioria dos impactos negativos, enquanto que grande parte dos benefícios é concentrada pelas empresas, ou pelos governos nacionais, caracterizando um grande desequilíbrio na distribuição dos benefícios e prejuízos gerados (MILANEZ; SANTOS, 2013, p. 131).

Não há a paridade participativa sem um patamar mínimo de bens necessários e, conseqüentemente, sem justiça distributiva. Para que essas injustiças econômicas possam ser afastadas, segundo Fraser (2006)

seria necessária uma completa reestruturação econômica, pautada na reorganização da divisão do trabalho e na transformação das estruturas econômicas básicas, com uma melhor redistribuição de renda entre outras reformas.

4.3 As injustiças de reconhecimento

As questões que agora passam a ser apresentadas têm sido discutidas em casos como este apenas recentemente. Nesse sentido, é de grande contribuição lembrar como a discussão sobre o conteúdo do termo atingido se deu no Brasil. Tal discussão se remonta à década de 1970, época de construção de hidrelétricas, principalmente devido à crise energética mundial da época. O Movimento de Atingidos por Barragens (MAB) foi o grande responsável por cunhar o termo e lutar para que tais processos fossem operados com justiça.

A partir de Vainer (2003), tem-se um panorama de como o tema foi sendo tratado no país. Segundo o autor, por longo tempo operou-se, no Brasil, com a concepção territorial-patrimonialista do atingido, isto é, o atingido era tido como o proprietário de terras a ser utilizadas pelo empreendimento. A perspectiva era indenizatória e o objetivo da ação do empreendedor era a aquisição do domínio das terras. Isso era feito através da desapropriação das mesmas a partir do reconhecimento da utilidade pública do negócio e não se reconhecia a existência de impactos sociais ou ambientais.

Outra concepção que de certa maneira ainda é utilizada, de acordo com Vainer (2003), é a noção do atingido como inundado (no caso de atingidos por empreendimentos hidrelétricos) e, por decorrência, como deslocado compulsório. Apesar de não contar apenas aqueles

atingidos que possuem a propriedade de sua terra, essa concepção ainda se assemelha bastante à territorial-patrimonialista, pelo mesmo motivo de prevalecer “a estratégia exclusiva de assumir o domínio da área a ser ocupada pelo projeto, e não a responsabilidade social e ambiental do empreendedor” (VAINER, 2003, p. 4).

O que se percebe nesta situação que se assemelha com o caso aqui descrito é que, em relação àqueles que são considerados atingidos pelo empreendimento, em nenhum momento leva-se em consideração a natureza política, cultural, econômica e ambiental do problema (VAINER, 2003). O que ocorre na região não pode ser resumido a questões patrimoniais, sendo a situação muito mais complexa. Assim, ao se ressaltar e tentar remediar parcialmente apenas as injustiças de redistribuição geradas, esquece-se daquelas criadas pelo não reconhecimento. A relação das pessoas com a terra vai além do local de moradia e de sustento, sendo, na verdade, o local onde por anos seus antepassados viveram, onde são definidas raízes religiosas, onde foram estabelecidos vínculos de amizade e comunidade, que serão desfeitos com o mero pagamento pela propriedade ou o seu reassentamento. O que não se discute, porém, é que tais práticas não são passíveis de monetização.

No caso concreto, verifica-se, principalmente, a dominação cultural, que é ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outras culturas e o desrespeito, que seria a desqualificação ou difamação de alguém durante a interação social (FRASER, 2006).

Em relação à dominação cultural, o discurso do desenvolvimento, a abordagem violenta, justificada pela pressão do mercado global, o modelo de destruição da natureza e da apropriação dos bens comunitários para fins individuais prevalecem sobre os modos de vida da região. E esse foi o motivo pelo qual, em 2011, um novo estudo sobre a comunidade foi

requisitado, como já acima exposto, e entregue pela Diversus.

Como destacado pela Diversus (2011), toda riqueza antropológica do local foi reduzida a números no EIA/RIMA fornecidos pela empresa. Neste documento constava que os impactos do empreendimento seriam mínimos, uma vez que representavam somente 1,4% da área ocupada com lavouras e pastagens em toda a AID. Não se procurou saber quem eram, como viviam e o que sofreriam as pessoas impactadas nestes “‘irrisórios’ 1,4% de área ‘produtiva’ dos municípios de Conceição do Mato Dentro e Alvorada de Minas, nem tampouco como estes impactos poderiam ser evitados, minimizados ou compensados” (DIVERSUS, 2011, p. 308).

Na verdade, todos os prejuízos e impactos relativos ao meio antrópico “foram subsumidos junto com a população existente na área e se transformaram em uma mínima ‘redução da área produtiva’ acarretando na redução da produção leiteira para fabricação de queijo e na redução da produção para subsistência” (DIVERSUS, 2011, p. 308).

Além da dominação cultural, destaca-se o desrespeito, que também é uma forma da injustiça cultural, que pode ser exemplificado com a marginalização sofrida por aqueles atingidos que são contra a instalação do empreendimento e, por isso, são vistos por uma parcela da comunidade local como verdadeiros obstáculos ao progresso (DIVERSUS, 2011).

Após o relato focado destas violações, verifica-se que no empreendimento, também, foram identificadas injustiças de reconhecimento. A fim de que haja uma superação de cada uma dessas violações apresentadas, é necessário que ocorra uma mudança cultural ou simbólica, que envolve, necessariamente, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural, a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados

ou, ainda, uma “transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas.” (FRASER, 2006, p. 2).

4.4 As injustiças de representação

Por fim, discute-se as injustiças de representação sofridas pela comunidade atingida, ou seja, aquelas relativas ao palco político em que as lutas por distribuição e reconhecimento foram conduzidas. Para que elas sejam detectadas, é necessário verificar se as fronteiras da comunidade política excluíram equivocadamente alguns dos titulares do direito à representação e se as regras decisórias da comunidade atribuem a todos os seus membros capacidade igualitária de expressão nas deliberações públicas e representação justa no processo público de tomada de decisão (FRASER, 2009).

Em primeiro lugar, há as injustiças referentes ao mau enquadramento, ou seja, aquelas que concernem ao modo como as fronteiras da comunidade são traçadas, excluindo de alguns indivíduos todas as chances de participarem sobre debates de justiça. No caso concreto, isso ocorre desde a apresentação do EIA/RIMA, a partir do qual várias comunidades foram excluídas pelo empreendedor da qualidade de atingidas.

Além das injustiças de mau enquadramento, percebe-se que aqueles que foram identificados como atingidos não puderam participar de forma paritária na discussão sobre as violações de primeira ordem, sendo esta denominada pela autora como injustiça de falsa-representação política-comum, que ocorre quando as regras do processo político impedem equivocadamente a participação paritária de atores que

formalmente contam nessa tomada de decisão.

Como pôde ser percebido durante o debate sobre as injustiças de redistribuição feito anteriormente – pois, como já dito, essa divisão não pode ser estanque – a desarticulação do movimento na comunidade vinha sendo feita desde o início do projeto, através das negociações individuais entre a empresa e alguns atingidos e tal comportamento permaneceu ao longo da instalação do empreendimento. Esse processo gera “o fim destas comunidades enquanto tal, passando cada família a se inserir em outras localidades ou na periferia de áreas urbanas, como sedes de municípios ou de distritos da região” (DIVERSUS, 2011, p. 311).

Após a entrega do EIA/RIMA pelo empreendedor para que os documentos fossem discutidos, foi requisitada uma audiência pública por diversas entidades. Em atendimento a esse requerimento, foram realizadas três audiências públicas nas cidades consideradas afetadas: Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas e Dom Joaquim (MINAS GERAIS, 2008).

Segundo o parecer único da SISEMA (MINAS GERAIS, 2008), no total das três audiências, mais de 2000 pessoas participaram e foram registradas inúmeras manifestações em relação às violações de direitos humanos já discutidas nos tópicos anteriores. O mesmo documento registra que, formalmente, as respostas do empreendedor a essas questões foram apresentadas ao órgão licenciador, mas nada menciona sobre uma solução dada às preocupações dos próprios atingidos, que permaneciam alheios ao que estava ocorrendo em sua própria região.

Mesmo após todas as questões levantadas em audiência, que permaneceram sem resposta, a Licença Prévia foi concedida e, em março

de 2010, criou-se a Comissão dos Atingidos. Ela foi criada a fim de que se acompanhasse o cumprimento das condicionantes estabelecidas ao se conceder a Licença Prévia e cobrar do Estado uma postura mais firme em relação à empresa.

A partir da proposta de complementação do cadastro de atingidos pela empresa, a Comissão de Atingidos manifestou discordância em relação ao modelo de cadastramento apresentado. Ademais, ressaltaram uma decisão anterior de que não deveriam ser mais os atingidos divididos em atingido direta ou indiretamente, uma vez que seria muito difícil o estabelecimento de tal relação. Contestaram ainda a não inclusão da comunidade de Água Quente na nova categoria criada pela empresa de “atingidos emergenciais”.

Essas discussões levaram a uma maior fragmentação do movimento dos atingidos, tendo em vista que a divisão entre atingidos emergenciais ou não, e atingidos direta ou indiretamente criou um atrito entre a comunidade, já que a gravidade do problema pelo qual cada uma das famílias passava é altamente subjetivo. Através dessa divisão, a negociação com os atingidos também era feita de modo separado, “representando prejuízos sociais, materiais e simbólicos quando comparados às recentes negociações feitas já sobre o modelo do TAC Irapé” (DIVERSUS, 2011).

A ausência de informações aprofundadas sobre a dimensão do empreendimento e sobre quem seria realmente afetado pelo projeto foi considerada pela Comissão formada como inadmissível e inconstitucional, uma vez que um empreendimento, que já se encontrava na fase Licença de Instalação 1, não deveria conter apenas ilações ou dúvidas sobre “possíveis” atingidos (COMISSÃO DOS ATINGIDOS apud BECKER; PEREIRA, 2011).

A discussão acerca de a Comunidade de Água Quente ser emergencial ocorreu durante todo o ano de 2010. Após a validação do cadastro dessa comunidade, e, apesar de todas as adversidades e empecilhos, a Licença de Instalação fase 2 foi concedida, assim que “o histórico de arrolamento das condicionantes que viriam a garantir a qualidade de vida das comunidades atingidas é mantido” (BECKER; PEREIRA, 2011, p. 26), postergando-se, mais uma vez, a correta identificação e reparação dos atingidos para a próxima fase de licenciamento.

No ano de 2012, diversas Ações Civas Públicas impetradas pelo Ministério Público Estadual (MPE) fizeram com que o andamento do empreendimento fosse paralisado. Em razão da pressão feita pelos atingidos para uma visita do MPE na região, foi agendada uma nova audiência pública em abril, que ocorreu na comunidade de São Sebastião do Bom Sucesso. Durante a audiência, foram discutidas mais uma vez as violações que continuavam sem solução e pediu-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública tomassem as medidas necessárias, através do protocolo que tomava como base o Relatório do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) de 2011 sobre direitos dos atingidos por barragens (PEREIRA; BECKER; WILDHAGEN, 2013). Visto que um ônibus escolar que levaria a comunidade de Jassem para a audiência pública foi “extraviado” durante a noite, fazendo com que o direito de participação dessa comunidade fosse mitigado, foi marcada uma reunião em tal comunidade (MINAS GERAIS, 2012b).

Na reunião pública que ocorreu na região do Jassem, dentre as providências a ser tomadas pelo MPE, arguiu-se que seriam instaurados na Promotoria do Serro e de Conceição do Mato Dentro inquéritos civis para acompanhar e fiscalizar as repercussões socioambientais do

empreendimento, sem prejuízo de outros inquéritos e ações já ajuizadas. Criou-se também a Rede de Acompanhamento Socioambiental (REASA), que se consistia em um grupo de “representantes de instituições públicas e sociedade civil organizada, que iria se reunir mensalmente para desenvolvimento de questões tratadas na audiência pública” (MINAS GERAIS, 2012a, p. 3).

Através da REASA, reuniões mensais em diversas comunidades foram realizadas ao longo de 2012 até abril de 2013 e recomendações foram enviadas à empresa (PEREIRA; BECKER; WILDHAGEN, 2013). No final de sua atuação, a REASA, além das Ações Cíveis Públicas que já havia sido instauradas no ano de 2012, contabilizou a formulação de três TAC. Ocorre, porém, que, segundo Prates (2014), a comunidade, de forma geral, não ficou satisfeita com a atuação do MPE, dado que um espaço de discussão sobre os termos dos TAC não foi disponibilizado, passando a instituição a celebrar os termos sem a incorporação das sugestões dos atingidos.

Em 2013, a discussão sobre o relatório da Diversus que restava parado na URC Jequitinhonha voltou à tona. Nesse período, a empresa já havia encomendado outro parecer para a consultora Ferreira Rocha Gestão de Projetos Sustentáveis. O novo relatório apresentado questionava o trabalho anterior e defendia o disposto no EIA/RIMA, alegando, para tanto, que a Diversus teria apenas relatado supostos impactos. Diante de tal situação, na 77ª reunião da URC Jequitinhonha, decidiu-se pela feitura de um novo relatório, mais atualizado, porém nenhuma das sugestões fornecidas pelos atingidos ou mesmo pelo GESTA (Grupo de Pesquisa em Temáticas Ambientais da UFMG), que também participava, foi acolhida (GRUPO DE PESQUISA EM TEMÁTICAS AMBIENTAIS DA UFMG, 2016).

Em abril de 2014, a dinâmica do REASA foi oficialmente extinta de acordo com a vontade dos atingidos, uma vez que, a seu ver, a existência do REASA pouco ou nada contribuiu com a situação da população. Assim, de forma independente, os atingidos criaram a Rede de Articulação e Justiça Ambiental dos Atingidos pelo Projeto Minas-Rio (REAJA) para seguir com as demandas (ZUCARELLI; SANTOS, 2014).

Após a demonstração do novo estudo da Diversus às comunidades atingidas, em agosto de 2014, questionou-se mais uma vez a metodologia utilizada pelo estudo e aprovada pela URC Jequitinhonha, principalmente quanto à falta de um trabalho de campo etnográfico e a carência de informações sobre a descrição das comunidades, além da não inclusão de diversas famílias na lista. No mês de setembro, a Licença de Operação do mineroduto foi concedida pelo IBAMA, o que, mais uma vez, pressionou a liberação da Licença de Operação da mina e de suas estruturas adjacentes. O parecer único da SUPRAM quanto a essa licença da mina trazia as diversas condicionantes que não foram cumpridas pela empresa, como a aprovação prévia do novo estudo da Diversus em conselho da URC, a fim de finalmente definir o universo de famílias atingidas. Em setembro de 2014 uma nova reunião foi realizada e em sua pauta estava novamente a discussão da Licença de Operação da mina. Após 12 horas de duração, muitos conflitos, principalmente entre os atingidos presentes e funcionários da empresa e inúmeros questionamentos feitos pelo MPE, por acadêmicos e por representantes das comunidades, a Licença de Operação foi concedida (PRATES, 2014).

Percebe-se ao longo dos fatos aqui relatados que ambas as injustiças por mau enquadramento e por falsa-representação política-comum são verificadas durante a instalação do empreendimento. Comunidades inteiras foram ignoradas pela empresa tanto na produção

do EIA/RIMA, quanto na complementação de cadastro dos atingidos, como pôde se averiguar através da análise feita pela Diversus. Aqueles que foram considerados atingidos não se beneficiaram de voz ativa o suficiente em relação aos outros atores, a fim de se discutir, como pares, como seria a solução para as injustiças ali detectadas.

Nesse sentido, é de grande valia discutir o relacionamento triangular entre a empresa, os atingidos e o órgão ambiental: a falsa representação da política comum e o mau enquadramento surgem na própria gênese de tal relação. Primeiramente, é durante o EIA/RIMA que os atingidos são ou deveriam ser identificados. Esse estudo é contratado e pago pela própria empresa que, manifestamente, possui interesse em que ele seja positivo e demonstre o menor número de problemas.

Além disso, salienta-se que as audiências públicas, segundo a legislação vigente e já aqui discutida não são obrigatórias durante a produção do EIA e consequente identificação dos atingidos e, tampouco, durante o processo de licenciamento, sendo elas programadas apenas nos casos acima dispostos. Mesmo nos casos em que há audiência pública, como no caso em estudo, deve-se discutir, também, a eficácia desse meio de participação popular em relação à quantidade de pessoas que dela participam e à real importância desprendida ao que é descrito pelos atingidos.

Os órgãos ambientais possuem também responsabilidade pelas violações, principalmente pelo fato de concederem licenças sem que todos os atingidos fossem de fato ouvidos e identificados, sem que as condicionantes tivessem sido cumpridas e sem que medidas mitigadoras tivessem sido avaliadas o que é vedado pela Resolução nº 237 de 1997 do CONAMA (CONAMA, 1997).

Percebe-se, portanto, que, mais do que de conteúdo, o problema

que aqui se instaura tem origem na forma com que as discussões de justiça vêm sendo travadas, o que leva à descoberta do “como” da justiça. Esse parâmetro diz respeito ao fracasso de se institucionalizar a paridade de participação em deliberações sobre o “quem” da justiça (que, segundo Fraser, deveria levar em conta o princípio de todos os afetados) e se relaciona ao método utilizado para se discutir o novo enquadramento. Isso demonstra que, se as injustiças de segunda ordem não forem reparadas em primeiro lugar, dificilmente as de reivindicações por redistribuição e reconhecimento o serão.

Ao longo do trabalho confirmou-se que a paridade participativa deve ser o parâmetro para a perseguição da justiça, em todas as suas dimensões. Porém, quando se falha em estabelecer este parâmetro, como o que é verificado no caso concreto, Nancy Fraser (2009) defende que a luta por justiça, em todas as suas dimensões, não pode estar apartada de uma luta por democracia metapolítica, ou seja, de uma luta por iguais condições de influência e participação na definição do próprio enquadramento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, através de um estudo de caso do eixo minerário do Projeto Minas-Rio, foi possível dar o primeiro passo em direção a uma teoria sobre o processo de identificação de atingidos no Brasil, principalmente no que se refere à justiça do paradigma atual. O modelo de análise aqui realizado, ao ser replicado em outros casos de violações de direitos humanos por empreendimentos minerários, pode ajudar a detectar padrões de comportamento neste tipo de empreendimento.

Utilizou-se a teoria da justiça de Nancy Fraser como marco teórico e subsumiram-se as violações de direitos humanos ocorridas ao longo da instalação do empreendimento em cada uma das dimensões trazidas pela autora, a fim de que se verificasse quem são realmente os atingidos e quais as suas dificuldades em ter suas pretensões advindas deste estado reconhecidas. Confirmou-se que injustiças das três dimensões foram encontradas durante a instalação do empreendimento e que as injustiças políticas, ou seja, as de segunda ordem (metainjustiças) podem estar obstruindo a reparação das injustiças de primeira ordem, já que se relacionam ao “quem” e ao “como” da justiça. Em outras palavras, no caso concreto, algumas pessoas foram excluídas da discussão sobre justiça de primeiro grau (redistribuição e reconhecimento) e outras não usufruíram de paridade participativa em relação aos outros atores envolvidos na discussão sobre essas violações e possíveis mitigações.

A hipótese apresentada pelo trabalho foi, então, confirmada, tendo sido o processo de identificação de atingidos no Projeto Minas-Rio injusto, segundo o marco teórico. A identificação de atingidos e as reparações sugeridas pelo EIA/RIMA não foram suficientes para abarcar todo o universo de pessoas que de alguma forma foram afetadas pelo empreendimento, o que gerou a não reparação de violações de direitos humanos e, conseqüentemente, diversas injustiças que, ao longo da instalação, foram reforçadas pela atuação parcial dos órgãos ambientais.

Através desse diagnóstico, percebe-se que a construção de um ambiente político mais favorável para a discussão da justiça em empreendimentos minerários se mostra urgente, a fim de que tais violações possam ser não apenas reparadas, mas, principalmente prevenidas. Ademais, com a análise futura de outros casos de violação de direitos humanos por empreendimentos minerários e a possível

identificação de um padrão de comportamento que se encaixa dentro da lógica neoextrativista vivida hoje pela América Latina, será possível a definição de uma teoria em relação ao processo de identificação de atingidos por empreendimentos minerários no Brasil e o questionamento do modelo atual.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Eduardo (Coord.). **O projeto Minas Rio e seus impactos socioambientais: olhares desde a perspectiva dos atingidos: relatório preliminar**. 2014. Disponível em: <<https://agburbana.files.wordpress.com/2014/03/dossic3aa-minas-rio-final.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BECKER, Luzia Costa; PEREIRA, Denise de Castro. O projeto Minas-Rio e o desafio do desenvolvimento territorial integrado e sustentado: a grande mina em Conceição do Mato Dentro. **Recursos Minerais & Sustentabilidade Territorial**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 229-258, 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Caderno de licenciamento ambiental**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/pnc_caderno_licenciamento_ambional_01_76.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

COELHO, Tádzio Peters. **Projeto grande Carajás: trinta anos de desenvolvimento frustrado**. Marabá: iGuana, 2015.

CONAMA. **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CONAMA. **Resolução nº 009, de 03 de dezembro de 1987**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987>>.

html>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CONAMA. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

DIVERSUS. **Diagnóstico socioeconômico da área diretamente afetada e da área de influência direta do empreendimento Anglo Ferrous Minas-Rio Mineração S.A.** 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da justiça numa era “pós-socialista” Tradução de Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 14, p. 231-239, 2006.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. **Lua Nova**, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003.

GRUPO DE PESQUISA EM TEMÁTICAS AMBIENTAIS DA UFMG – GESTA. **Conflito e resistência à instalação e operação da mina e do mineroduto do Projeto Minas-Rio**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/conflito/?id=582>>. Acesso em: 21 set. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). **Cidade e alteridade**. Belo Horizonte. 2015. Disponível em: <<http://www.cidadeealteridade.com.br/2016/05/relatorio-impactos-da-mineracao-2015/>> Acesso em: 28 out. 2016.

MILANEZ, Bruno; SANTOS, R. S. P. Neoeextrativismo no Brasil? Uma análise da proposta do novo marco legal da mineração. **Revista Pós Ciências Sociais**, São Luís, v. 10, p. 119-148, 2013.

MINAS GERAIS. Ministério Público. **Ata da audiência pública realizada no dia 17 de abril de 2012**. Conceição do Mato Dentro, 2012a.

MINAS GERAIS. Ministério Público. **Ata da reunião pública realizada no dia 17 de maio de 2012**. Alvorada de Minas, 2012b.

MINAS GERAIS. Sistema Estadual do Meio Ambiente. **Anglo Ferrous Minas-Rio Mineração S.A**: parecer único nº 001/2008. Disponível em: <http://200.198.22.171/down.asp?x_caminho=reunioes/sistema/arquivos/material/&x_nome=4.1_-_00472_2007_001_2007_Anglo_Ferrous_Minas-Rio_Minera%E7%E3o_S.A._-_PU.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

PEREIRA, Denise de Castro; BECKER, Luzia Costa; WILDHAGEN, Raquel Oliveira. Comunidades atingidas por mineração e violação dos direitos humanos: Cenários em Conceição do Mato Dentro. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 1, n. 16, p. 124-150, 2013.

PRATES, Clarissa Godinho. **Mineração em Conceição do Mato Dentro**: uma análise da REASA como instância de “resolução” de conflitos. 2014. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Socioambientais) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2014.

VAINER, Carlos Bernardo. **Conceito de “atingido”**: uma revisão do debate e diretrizes. Rio de Janeiro, 2003.

YIN, Robert. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZHOURI, Andréa. Justiça ambiental, diversidade cultural e accountability: desafios para a governança ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, p. 97-107, 2008.

ZUCARELLI, Marcos Cristiano; SANTOS, Ana Flávia Moreira. Entre

a negociação e a resistência: ambiguidades e limites da participação no licenciamento ambiental do complexo minerário Minas-Rio. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 23., 2014, Natal. **Anais...** Natal: UFRN, 2014.

Como citar: FERNANDES, Elora Raad; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Reivindicações por justiça e a identificação de atingidos no eixo minerário do projeto Minas-Rio. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.37-73, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p37. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/08/2017

Aprovado em: 28/11/2017

**CONTROLE DE NEGÓCIO JURÍDICO
PRÉ-PROCESSUAL BILATERAL ATÍPICO:
NECESSIDADE DE UMA POSTURA DE JUIZ
HÉRCULES DWORKINIANO**

CONTROL OF A BILATERAL AND ATYPICAL
PROCEDURAL AGREEMENT: THE NEED FOR
A DWORKINIAN HERCULES JUDGE POSTURE

Alexandre De Moura Bonini Ferrer*
Nina Trícia Disconzi Rodrigues**
Richard da Silveira Maicá***

* Mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduando em Direito Processual Civil em 2016 pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Bacharel em Direito em 2015 pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisador do Centro de Pesquisas em Direito e Internet pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Email: alexandrembf@gmail.com

** Doutora em Direito do Estado em 2007 pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito em 2002 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito em 1997 pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Email: ninadisconzi@uol.com.br

*** Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisador do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) Bolsista CAPES. Pós Graduado em Processo Civil em 2014 pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito em

Como citar: FERRER, Alexandre de Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico: necessidade de uma postura de juiz héracles dworkiniano. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.74-100, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p74. ISSN: 2178-8189

Resumo: O estudo objetivou entender os novos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos, apontando a necessidade de o juiz adotar como postura o modelo de Juiz Hércules dworkiniano para controle desses negócios jurídicos. O problema trata-se de verificar se há quebra paradigmática racionalista no Art. 190

no novo Código de Processo Civil Brasileiro. O estudo se deu partir de um “método” de abordagem hermenêutico-filosófico. Conclui-se que o artigo 190 do NCPC pode ser um grande indício da quebra paradigmática quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da autonomia privada sustentado em um princípio de autorregramento. Verifica-se também que o juiz, responsável pelo controle dos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos, deve entender-se como um juiz ser-no-processo, de forma a evitar que o dispositivo vire letra morta.

Palavras-chave: Racionalismo. Juiz Hércules. Dworkin. Negócio jurídico pré-processual bilateral atípico. Novo código de processo civil brasileiro.

Abstract: This study aims to understand new bilateral and atypical procedural agreements, examining a magistrate’s use of the dworkinian hercules stance in order to control legal transactions. Moreover, article 190 of the new Brazilian Civil Procedure Code (CPC) breaks the traditional rationalist paradigm of the previous CPC. In addition, this research uses the philosophical hermeneutic approach. In the end, this paper concludes that article 190 of the CPC is an indication of the paradigmatic break of the rationalist understanding, specifically with the creation of private autonomy sustained

2012 pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADIS-MA). Email: richard_maica@hotmail.com

on the principle of self-rule. This study also notes that the magistrate responsible for the control of a bilateral and atypical procedural agreement has to be in the position of “being in the procedure” as it prevents the law from being inefficacious.

Keywords: Rationalism. Hercules magistrate. Dworkin. Procedural agreement. New Brazilian Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos pré-processuais bilaterais já eram realidade no código de processo civil de 1973 já revogado, como ocorria a partir da possibilidade de eleição de foro entre as partes, entre outras possibilidades. Em que pese a ausência de ineditismo na matéria, a forma que o novo código de processo civil trata desses negócios é inédita. Traz-se novas roupagens a estes negócios, que dão aos atores do processo uma liberdade que antes era inimaginável, por criar uma forma atípica e abrangente de constituição de tais negócios.

Com isso, o presente ensaio buscará responder se há a necessidade de uma postura de juiz Hércules dworkiniano, por quem tem a missão de controlar os negócios jurídicos pré-

processuais, para cancelá-los ou denegá-los.

A partir de uma visão de juiz “ser-no-mundo”¹, melhor dizendo juiz “ser-no-processo”², buscar-se-á, com uma teoria de base e abordagem hermenêutico-filosófica, verificar a possível quebra paradigmática no novo código de processo civil quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da possibilidade de constituição de negócios pré-processuais na forma atípica. Ainda, a partir da mesma abordagem, empreender-se-á esforços para indicar a necessidade de se adotar uma postura de juiz Hércules no processo para evitar decisionismos solipsistas.

Possibilitando tais estudos, utilizar-se-á do procedimento histórico e bibliográfico. O primeiro servirá para fugirmos do “grau zero de sentido”³ e aumentar e possibilitar a compreensão crítica do problema, entendendo o racionalismo, que ainda influencia o processo civil no século XVII. O segundo servirá para, revisando as fontes teóricas trazidas, expormos a necessidade de uma postura de juiz Hércules dworkiniano atuando em processos que versem sobre controle de negócios jurídicos pré-processuais.

Abrir-se-á o estudo a partir das questões histórico-filosóficas que

-
- 1 A expressão “ser-no-mundo” encontra sentido em Heidegger (2005, p. 90-911), que sintetiza “A expressão composta “ser-no-mundo”, já na sua cunhagem, mostra que pretende referir-se a um fenômeno de unidade. Deve-se considerar este primeiro achado em seu todo. A impossibilidade de dissolvê-la em elementos, que podem ser posteriormente compostos, não exclui a multiplicidade de momentos estruturais que compõem esta constituição. O achado fenomenal indicado nesta expressão comporta, de fato, uma tríplice visualização. Ao se examinar esse achado, mantendo-se previamente a totalidade do fenômeno, pode-se ressaltar o seguinte: 1. o “em-um-mundo”; no tocante a este momento, impõe-se a tarefa de indagar sobre a estrutura ontológica de “mundo” e determinar a ideia de mundanidade como tal (cf. cap. 3 dessa seção). 2. O ente que sempre é, segundo o modo de ser-no-mundo. Investiga-se aqui o que indagamos com a interrogação “quem?” Numa demonstração fenomenal devemos determinar quem é e está no modo da cotidianidade mediana da presença (cf. cap. 4 dessa seção). 3. O ser-em como tal; deve-se expor a constituição ontológica do próprio em (cf. cap. 5 dessa seção).”.
 - 2 A expressão “ser-no-processo” parte da construção de Isaia (2011, p. 108) que explica que a inserção do intérprete no ambiente do direito e do processo para desvelar a significação do fato, através da linguagem, assumiria o juiz a condição de ser-no-mundo, sendo nesse caso específico um “ser-no-processo”.
 - 3 A expressão “grau zero de sentido” é oriunda da construção teórica de Streck (2014, p. 448), que aponta que em um estado onde não há hermenêutica existiria, portanto, uma atribuição de sentido conforme a vontade do intérprete, de sua própria consciência.

permitem a compreensão estrutural básica para um pensamento crítico acerca da postura de juiz Hércules dworkiniano no atual contexto do judiciário brasileiro.

No próximo tópico abordar-se-á a questão do Novo Código de Processo Civil, instituído pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, apontando as suas quebras paradigmáticas, especificamente no caso de formulação de negócios jurídicos pré-processuais. Além disso buscar-se-á, no mesmo tópico, abordar os riscos de uma postura inadequada de um juiz sobre essa grande liberdade de constituição de um procedimento especial entre as partes.

Por derradeiro, as considerações finais enfrentarão os desafios do tema estudado, consolidando e interligando as lentes críticas construídas para análise da atividade jurisdicional e o novo instituto da criação de negócios jurídicos pré-processuais atípicos.

1 COMPREENSÕES INICIAIS PARA UM PENSAMENTO CRÍTICO

Há que se fugir do marco zero de conhecimento e, a partir de uma revisitação aos aspectos relevantes acerca da construção epistemológica que dá sustentáculo ao sistema jurídico nacional e a sua análise histórica, compreendermos em qual panorama estamos inseridos.

Neste sentido, buscar-se-á, a partir de três eixos, encontrar os fundamentos mínimos necessários para adquirirmos novas lentes - críticas - de compreensão e aplicá-las para observação no novo código de processo civil.

1.1 O racionalismo como marco histórico

O racionalismo, etimologicamente, deriva do latim *ratio*, que por sua vez significa razão. A razão, frise-se, tem relação direta com as ciências exatas, proporcionadas pela matemática. O racionalismo trata-se de um conceito histórico que tem suas fundações na própria razão como possibilitadora da produção de uma verdade absoluta. Não se trata, entretanto, de qualquer razão. Trata-se, na realidade, de uma razão científica que é baseada em métodos.

Interessante fazer ressalva quanto ao alerta de Weber, que remete à complexidade de se tratar o racionalismo, tendo em vista que o mesmo é muito abrangente e difundido em praticamente todas as doutrinas filosóficas do período em que floresceu, tendo em vista que esse conceito ditou a forma produzir conhecimento da época (WEBER apud SILVA, 2004 p. 73).

Para melhor entendermos como surgiu o racionalismo, traremos em um histórico evolutivo, os principais filósofos que possibilitaram que o racionalismo se desenvolvesse e se firmasse na sociedade moderna, tendo reflexos ainda na pós-modernidade atual.

Tudo se inicia com Platão, que viveu de 427 a.C. até 347 a.C., sendo o primeiro grande filósofo que se pôde observar as características do racionalismo. Discípulo de Sócrates, uma figura emblemática da época, que figurava como protagonista em diálogos publicados por Platão.

Para o presente estudo, interessa destacar que as publicações de Platão deram início à ciência da filosofia, por introduzir questões como o método do diálogo e da discussão. Platão buscava a verdade acima de tudo, a partir de construções conceituais e princípios eternos e perfeitos, que são características principais do racionalismo (SAVATER, 2015, p. 25).

Avançando, temos Aristóteles, que viveu de 384 a.C. até 322

a.C., com grau de importância tão grande quanto Platão para a filosofia. Foi discípulo de Platão por 20 anos até o rompimento com seu mestre, por entender que a busca da verdade se desse de maneira diferente. Voltado para a observação como propulsora do conhecimento, tem-se a construção do que entendemos por empirismo a partir dos ensinamentos aristotélicos que derivaram para a constituição do que se entende por raciocínio lógico atualmente (SAVATER, 2015, p. 40).

Os ensinamentos de Aristóteles dominaram a Idade Média, até o rompimento por movimentos revolucionários que mexeram na concepção epistemológica do mundo e trazendo a Idade Moderna. Em uma tentativa bem-sucedida de abandonar o empirismo aristotélico fortemente embebido nas construções do saber influenciados pela Igreja. Tais movimentos buscaram a construção de uma nova base epistemológica que desse uma nova visão de mundo à realidade da época, desvinculada da teologia.

Fruto de uma promoção por parte classe social burguesa, os intentos “fundaram-se numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, expressando valores, crenças e interesses próprios das camadas sociais emergentes em luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário.” (WOLKMER, 2002, p. 24-25).

Prosseguindo, Descartes tem posição de merecido destaque na construção do racionalismo. A partir da obra “Discurso e método”, publicada em 1637, Descartes conseguiu definir metodologicamente a produção de conhecimento científico, a partir de quatro preceitos: o primeiro referia-se à não aceitação de nada como absoluta verdade; o segundo referia-se à divisão e segmentação das coisas até o máximo possível, para que possa ser compreendida em sua totalidade; o terceiro, fundava-se na escalada de compreensão de um objeto mais simples

até chegar ao mais complexo; por quarto e último preceito, Descartes identificou que é necessária uma classificação pormenorizada e organizada para que não hajam omissões sobre a matéria a ser analisada.

Descartes, a partir de suas contribuições, é considerado o filósofo precursor da filosofia moderna, tendo em vista que conseguiu estabelecer, através de métodos, julgamentos para atestar e comprovar o que seria ou não real, fugindo da subjetividade do ser humano. (SAVATER, 2015, p. 78).

Pouco tempo depois, Hobbes traz uma obra que marca a história, transpondo os aspectos da filosofia do século XVII para o mundo jurídico e político. A obra supramencionada se trata de “O Leviatã”, publicada pela primeira vez em 1651. Ao trazer os aspectos da relação da política com a filosofia e o direito, Hobbes aborda que o modelo de juiz ideal e “neutro” seria o juiz boca-da-lei, um juiz que ser mero aplicador do texto legal. Tais aspectos são os que tornaram possível o absolutismo. As obras de Hobbes denotam uma profunda sedução pela matematização do direito, no claro intento de torná-la equiparada às ciências exatas, priorizando a segurança jurídica sobre a justiça. Seria a expressão da lei a vontade do tirano e, portanto, a justiça (SILVA, 1997, p. 113-116).

Spinoza, ainda que sendo um racionalista, traz a fusão da razão com o espírito, numa forte tendência teológica de seus estudos empreendidos (SAVATER, 2015, p. 90). Sob fortes influências do pensamento cartesiano, questionou diversos dogmas religiosos ensinados pelos sacerdotes, estimulando o estudo próprio dos textos sagrados, que o fez a partir dos ensinamentos racionalistas. Tais atitudes o levaram ao exílio na Holanda (SAVATER, 2015, p. 91). A grande contribuição de Spinoza com o direito vem da utilização da matemática para atingir a “essência do ser”, sendo que isso acaba por desembocar em um

entendimento de que o direito deriva do poder (SILVA, 2004, p. 71).

Fechando a rápida digressão histórica dos principais filósofos do racionalismo e apontando a sua entrada no processo civil, Ovídio Baptista intervém no sentido de apontar em Locke e Leibniz como os grandes responsáveis pela geometrização do direito (ISAIA, 2012, p 90).

Leibniz, filósofo alemão que teve sua principal obra publicada em 1688, tenta construir a ciência do direito como uma ciência puramente racional, que o professor Ovídio aponta como a gênese do sistema de conceitos, conforme pode ser observado nessa passagem:

Senão de definições, não das demonstrações dos sentidos, mas da razão e são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato. [...] Portanto, não é surpreendente que os princípios destas ciências sejam verdades eternas, pois todos eles são condicionais, e nem sequer necessitam que algo exista, mas apenas que aceitem sua suposta existência (SILVA apud ISAIA, 2012, p. 92).

Em Locke, temos a dedicação à pesquisa das fontes do pensamento, onde a filosofia teria o papel de desvelar o seu conhecimento interno. A compreensão em Locke, viria ou da forma intuitiva ou demonstrativa. Na forma intuitiva a compreensão se daria através de percepções sensoriais do indivíduo. Na forma demonstrativa temos a matematização da moral, que seria passível de ser demonstrada. A entrada no mundo do processo civil se dá a partir da definição lockeana de “mundo dos direitos” e “mundo dos fatos” que influenciou a cisão entre práxis (prática) e doxa (crença comum) (ISAIA, 2012, p. 91).

Como bem alertou Ovídio A. B. Silva (1997, p. 132), que o direito processual civil nasceu comprometido com o ideal racionalista e dele ainda não se desgarrou completamente. Tal é a relevância do

racionalismo, que se expõe os apontamentos de Ovídio (2004, p. 49) para que se consiga compreender a sua contemporaneidade:

Dizemos alegremente que racionalismo, que supunha ser o Direito uma ciência tão exata quanto a matemática, está definitivamente morto e sepultado. É o *dictum*. É o discurso. No mundo real, no entanto, não apenas preservamos zelosamente as instituições formadas para realizar essa quimera, como encantamo-nos com suas virtudes milagrosas. É o *factum*. É o discurso invertido que, ao mesmo tempo em que impede a evolução do sistema, mantém-nos confiante em seus prodígios.

A partir dessas considerações históricas, espera-se que o leitor entenda que o que há por trás do processo civil hoje tem raízes de mais de dois mil anos, desde as concepções platônicas e do surgimento da filosofia moderna. Assim, essa parte do texto serve mais como um convite à reflexão acerca de todos os pensadores trazidos e serve também como um alerta sobre a complexidade das implicações do racionalismo no mundo atual.

1.2 O pós-positivismo exegético atual, o solipsismo e o juiz Hércules de Dworkin

Superados os aspectos históricos iniciais, que serviram como as boas-vindas ao pensamento crítico pretendido, dar-se-á um salto histórico diretamente ao pós-positivismo exegético atual, como local de fala para abordar as problemáticas vindouras.

Nesse sentido Lênio Streck (2010, p. 17-18) demarca:

Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da

fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Passo por essa experiência cotidianamente. Permito-me explicar isso melhor: há muito as minhas críticas têm tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da common law). Ou seja, sempre considerei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a *principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, a discricionariedade*. [...] Qual é o problema, então? Na verdade, o que aconteceu é que os juristas se esqueceram que Kelsen e Hart promoveram, em sistemas jurídicos distintos, uma virada no positivismo. De todo modo, *importa mais para nós a viragem kelseniana, que acabou impulsionando um voluntarismo judicial sem precedentes*, a partir da “maldição kelseniana” constante no famoso capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito.

Lênio, ao explicitar o atual momento do positivismo, revela que na intenção de mostrar a superação do fiel cumprimento da lei, em uma cegueira digna de um juiz jupiteriano, acaba por apostar no sentimento do juiz para que decida, onde se firma em próprias experiências para dizer o direito. Ainda quanto a isso, o autor reforça que não há mais a necessidade de se repisar a superação desse positivismo exegético oriundo do juiz jupiteriano “boca-da-lei”, que resta evidente (STRECK, 2010, p. 19).

Ocorre que essa “viragem kelseniana” supracitada impulsiona justamente uma atividade tão nefasta quanto a atitude de limitar-se a dizer o direito a partir da lei: o voluntarismo imbricado em um juiz com postura solipsista.

Por solipsismo, necessário destacar, recorre-se à própria etimologia da palavra, de origem latina. A primeira parte tem ligação com “*solus*”, que significa só. A segunda parte tem ligação com “*ipse*” que

significa mesmo. Disso, extrai-se que, aplicado à realidade jurídica, um juiz solipsista é aquele que decide com base em experiências próprias, com base em si mesmo.

Ao associar-se a discussão de uma concepção voluntarista, tal qual Lênio Streck explora, onde o juiz passa a decidir conforme a sua própria consciência e experiência, temos a personificação de um juiz com caráter solipsista.

Na obra *Verdade e Consenso*, Streck (2011, p. 38-39) elenca Hart e Kelsen como principais responsáveis por esse momento do decisionismo judicial que presenciamos no pós-positivismo exegético. Por Hart porque este entende que se deve confiar plenamente nos juízes para a solução das lacunas da lei. Por Kelsen porque este entenderia a sentença justamente como um ato de vontade.

Busca-se gancho na última afirmação para destacar que não se pode justificar o solipsismo do juiz em uma decisão, tendo em vista que a origem etimológica da palavra sentença é referente à palavra sentimento, que se coaduna com a filosofia da consciência.

Tendo-se em vista a necessidade de superação da filosofia da consciência, de raízes racionalistas, a hermenêutica filosófica tem o condão de possibilitar que situemos o juiz como ser-no-mundo (ou ser-no-processo) para que as suas decisões deixem de ser calcadas em suas próprias vontades e voltem-se para uma pré-compreensão alicerçada na constituição.

Assim, a hermenêutica como ciência da compreensão, precisa ser utilizada como instrumento de fuga da filosofia da consciência, que retira uma parcela grande do poder do sujeito-intérprete e transportá-lo da pré-compreensão de matéria a partir do solipsismo para uma pré-compreensão constitucional digna de um Estado Democrático de Direito

(SILVA, 2004, p. 49).

Existem, na doutrina, diversos modelos de juiz que caracterizam como o mesmo decide. Impende salientar que exaurir as características de cada um deles não é o objetivo deste trabalho. Como norte, procura-se encontrar o que o juiz Hércules de Dworkin tem de características essenciais para aplicação no caso efetivo do controle de negócios pré-processuais.

Nada mais plausível do que buscar em Dworkin o assentamento fundacional necessário para, após, delimitar sob quais lentes serão interpretados os seus ensinamentos. Assim, para Dworkin (2002, p. 164), o juiz Hércules provém de uma construção complexa que exemplifica a partir de casos difíceis, tendo sua construção inicial a partir dessas considerações:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de *um jogo*. *Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules*. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele *aceita as principais regras não controversas* que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele *aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos*, e que os juizes *têm o dever geral de seguir as decisões anteriores* de seu tribunal ou dos tribunais superiores *cujo fundamento racional* (rationale), como dizem os juristas, *aplica-se ao caso em juízo*. (Grifou-se)

A partir dessa construção, Ronald Dworkin explicita diversos

casos difíceis, estipulando a postura que o juiz Hércules tomaria em cada um deles. Dessas atitudes, se pode elencar um caminho comum que obrigatoriamente perpassa a adoção de um sistema constitucional que será a base de pré-compreensão do intérprete, onde esse intérprete adotará uma teoria de princípios que seja pertinente à constituição, adotando para isso uma questão filosófico-política em complemento (DWORKIN, 2002, p. 166-167).

Como marco, Dworkin traz a responsabilidade de volta ao intérprete, que busca, pela coerência e integridade, formular a sua decisão (ISAIA, 2012, p. 156), que permeariam argumentos de princípio e argumentos política⁴.

Dworkin entende ainda que somente a partir de argumentos de princípio, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do direito, seria possível alcançar uma resposta correta e adequada em direito (LIMA, 2015, p. 65). Por resposta correta, Lima entende que seria a “adequadas à Constituição, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na intersubjetividade, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito” (LIMA, 2015, p. 48).

Em que pese ter-se destacado a necessidade de combate à

4 Quanto à definição de argumentos de política e de princípio, Dworkin (2002, p. 129-130) leciona: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. As vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política.

discricionariedade, necessário é fazer a diferenciação desta com a arbitrariedade. Distinguem-se por ser a arbitrariedade antidemocrática e a discricionariedade uma “marca do papel criativo do juiz dentro da dimensão ético-jurídica e da historicidade do direito.” (ESPÍNDOLA, 2008, p. 234).

Nesse sentido, ao abordar o juiz Hércules de Dworkin, Streck (2011, p. 382) entende que “Hércules definitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”, mas, sim, a antítese do juiz discricionário, este refém da filosofia da consciência.”

Especificando uma última faceta do juiz Hércules de Dworkin, utiliza-se dos ensinamentos de Motta para destacar a que o “juiz Hércules” de Dworkin é um “juiz responsável“. Motta discorre que a partir de uma discricionariedade fraca, o juiz responsável/Hércules seria capaz de escolher uma resposta adequada, dentre as várias possibilidades de respostas adequadas cabíveis, desde que baseada em argumentos de princípio (MOTTA, 2012, p. 127-157).

Ao que se propôs a exposição desse primeiro capítulo, espera-se ter explicitado a carga ideológica básica, que é sustentáculo do modelo de processo civil que vigora em pleno século XXI. Ainda, ao explicitar como o juiz Hércules se posiciona diante da decisão judicial, espera-se que seja possível extrair algumas das características mais marcantes desse modelo de juiz. Passa-se agora ao estudo dos novos negócios pré-processuais, interligando os temas estudados.

2 NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL ATÍPICO

Item completamente inovador no novo diploma legal 13.105/2015, que instituiu um novo código de processo civil no país, o

artigo 190 desse diploma tem em seu âmago a modalidade genérica de um negócio jurídico pré-processual.

Com base voltada para satisfazer a vontade das partes, o negócio jurídico pré-processual atípico ganha relevância no campo das ciências sociais aplicadas. Como proposto já no início do presente ensaio, buscar-se-á demonstrar os aspectos relevantes da matéria que deverá ser controlada por um juiz, e, nesse caso, espera-se que o controle seja feito por um juiz Hércules dworkiniano.

A opção pelo modelo de juiz feita, justifica-se por entender-se que somente a partir de uma compreensão hermenêutica é que será possível que o controle judicial dos negócios pré-processuais atípicos seja blindado contra decisões solipsistas.

Para fugir da matematização jurídica que os enunciados tentam promover, a partir de uma redução de complexidade pela casuística, deve ser combatido os intentos pela formulação de uma pré-compreensão constitucional e processual pertinente ao julgamento dos casos, sob pena de tornar o artigo 190 do NCPC uma letra morta na legislação.

Acredita-se que os enunciados têm um valor especial para as partes litigantes, que poderão nortear suas teses a partir das sugestões trazidas por esses mecanismos, desde que consigam dar sustentação plausível às suas teses. O que se espera é que o juiz não seja infectado por tais enunciados e que adote uma postura hermenêutica no processo, para assim impedir que os grilhões do solipsismo lhe aprisionem ou que o mantenham preso.

Corroborando, cabe destacar os apontamentos de Ovídio Baptista, que atesta que a quebra paradigmática racionalista só se dará com a compreensão hermenêutica:

Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a “vontade da lei”, fica subtendido que eles não têm mais a mínima possibilidade discricionária de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem a compreensão hermenêutica que supere o dogmatismo, não haverá solução. E isto supõe discricionariedade (SILVA, 2004, p. 114).

Nessa toada, passa-se ao destrinchamento das concepções básicas da matéria, para que se possa entender a necessidade do juiz Hércules nesse caso.

2.1 Os novos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos

Inicialmente se estabelecerá os aspectos mais básicos, utilizando-se do dogmatismo onde é estritamente necessário, qual seja nas definições essenciais para se estudar o processo.

Dentre as opções na doutrina, opta-se por uma vinculada à uma visão como a de Fiuza, que demonstra a sua aderência à compreensão histórica dos negócios jurídicos, onde critica em seu livro a necessidade de se fugir do voluntarismo, o mesmo referido por Streck (2010, p. 18) resultado de uma “vitória de pirro” que gerou o momento pós-positivista exegético atual, no qual o negócio jurídico é enraizado (FIUZA, 2015, p. 140).

Assim, Fiuza destaca:

[...] *negócio jurídico* é toda ação humana, voluntária e lícita que, condicionada por necessidades ou desejos, acha-se voltada para a obtenção de efeitos desejados pelo agente, quais sejam, criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, dentro de uma perspectiva de autonomia privada, ou seja, de autorregulação dos próprios interesses. [...] *a vontade, nos negócios jurídicos, não pode ser tomada como dogma absoluto*, como se fazia na época do liberalismo, em que era entendida como expressão máxima da liberdade humana. Sabemos que a vontade é motivada, é condicionada por necessidades ou desejos os mais diversos. Assim é que a ideia de autonomia da vontade deve ser substituída pela *ideia de autonomia privada, autorregulação de interesses privados, dentro da concepção de que estes interesses são parte de um todo socioeconômico*, merecedor de tutela do Estado, em defesa da dignidade e da promoção do ser humano. [...] a autorregulação consiste na composição que os particulares realizam dos próprios interesses. Se isto se der nos limites da Lei, esta os dotará de eficácia jurídica. Daí podermos dizer que a Lei é a causa eficiente dos negócios jurídicos. A necessidade ou o desejo é o motivo determinante, e a vontade é o instrumento de exteriorização e realização da necessidade. Os negócios jurídicos devem, pois, deixar de ser definidos como atos de vontade para se definirem como atos de autonomia (FIUZA, 2015, p. 141, grifo nosso).

Assim, a vontade das partes deve ser entendida como autonomia privada, onde busca-se justamente uma autorregulação possível, desde que seja condizente com os interesses sociais, atuando nesse controle o Estado através do Poder Judiciário.

Transportando o conceito explicitado para a compreensão dos negócios jurídicos pré-processuais atípicos, fica evidente que se trata de uma convenção entre as partes que busca, nos termos do artigo 190⁵

5 Art. 190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo

do NCPC (BRASIL, 2015), de forma generalista (por isso atípica) (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 325), estabelecer um procedimento especial que atenda às vontades dos atores processuais antes do litígio.

Em que pese a possibilidade de se exaurir o conhecimento acerca do artigo 190, por própria delimitação do tema, ater-se-á aos fatos que levarão ao controle judicial da matéria, onde o juiz entenderá que, *a posteriori*, deverá ser controlada a validade dos negócios jurídicos firmados e já válidos.

Já válidos porque, como bem trazido no parágrafo único do artigo em questão, o controle judicial só se dará quando o juiz entender pela necessidade de impedir a aplicação dos negócios firmados, restando claro que não há, contudo, a necessidade de homologação judicial para que os procedimentos especiais pactuados possam ser cumpridos.

Para estudo posterior da postura do juiz no controle, assentasse as premissas do entendimento sobre três eixos: dos direitos que admitem a autocomposição; da cláusula abusiva em contrato de adesão; e da vulnerabilidade das partes.

Quanto aos direitos que admitem a autocomposição, Fiuza (2015, p. 53) doutrina que se tratam das que não possuem natureza cogente, ou seja, não são imperativas, não têm em seu texto um cunho obrigacional de cumprimento do que está na Lei. O mesmo autor indica, por outro lado, os direitos disponíveis para autocomposição seriam os inseridos nos tipos de leis dispositivas, que trariam um norte aos indivíduos jurisdicionados, sem, no entanto, ter caráter obrigacional das normas cogentes (FIUZA, 2015, p. 53).

único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Das cláusulas abusivas em contratos de adesão, a sua nitidez do controle é mais evidente, em vista que, em termos contratuais, onde não há a possibilidade de uma das partes conseguir modificar os termos de um contrato, a parte vulnerável é de quem adere ao contrato. Dada a especificidade desse caso, o controle de cláusulas contratuais se torna mais importante.

Ao abordar da vulnerabilidade trazida em caráter genérico, vastas são as discussões acerca do tema, destaca-se os posicionamentos de Tartuce (2012, p. 355-356), que defende que a vulnerabilidade processual permeará, necessariamente, por quatro eixos em sentido amplo, admitindo diversas especificidades e ramificações, sendo eles: a. pela falta de condições econômico-financeiras (como a hipossuficiência); b. falta de saúde; c. falta de informações (é o caso dos consumidores); d. óbices geográficos significativos.

Assim, dada a nova liberdade que as partes foram contempladas para comporem novos procedimentos especiais ajustados às suas necessidades, ao juiz caberá ceifar os benefícios ou atuar por uma resposta adequada aos anseios sociais, dependendo para isso de uma postura de um modelo de juiz específico, objeto da próxima seção.

2.2 O controle pelo juiz Hércules de Dworkin

Em busca de um controle adequado dos negócios pré-processuais bilaterais atípicos do Art. 190 do NCPC, busca-se no modelo de juiz Hércules de Dworkin uma visão de ser-no-processo que abarque de pré-compreensão uma visão constitucional do Estado Democrático de Direito, reforçado pelos novos princípios firmados pelo

NCPC, desde que adequados sob o ponto de vista constitucional.

Assim, do controle a ser feito pelo juiz, tem-se que pode ser denotado como aplicador responsável das normas de estrutura construídas pelas partes, onde, seu papel limitar-se-á ao controle do plano da validade dessas normas de estrutura que formam o procedimento especial pretendido (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 323).

Destaca-se, que no caso específico dos bilaterais atípicos do 190, não há atividade integrativa do juiz (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 323). O juiz não é partícipe. O negócio jurídico pré-processual não é plurilateral, é bilateral. O mesmo autor ainda complementa que o juiz desse caso estudado não é autoridade competente para homologação e não é codeclarante – no sentido de fazer parte da negociação plurilateral (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 324).

Não é necessário homologação ou chancela judicial para produção de efeitos jurídicos do negócio atípico. O juiz só poderá controlar a validade das convenções processuais nas hipóteses restritivas da lei (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 326).

A questão é que vulnerabilidade, abuso de direito e respeito às normas cogentes dão azo ao solipsismo, podendo o juiz fazer uma verdadeira abertura interpretativa a partir da experiência própria para impedir que os negócios jurídicos sejam respeitados.

Nesse caso, o juiz, pelo próprio dever de fundamentar suas decisões, deve fazê-lo de forma adequada e íntegra, a partir de uma visão hermenêutica hercúlea, de forma a atuar como um ser-no-processo com lentes de análise baseadas na constituição, para chegar “à” resposta correta de Dworkin.

Interessante a constatação de Murilo Avelino (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 328), por botar em embate a necessidade da certeza do procedimento versus a necessária adequação da resposta do juiz, nesse sentido expõe: “se ao processo cabe a função de concretização dos direitos materiais, o direito material põe-se como valor regente da criação, interpretação e aplicação das regras de processo.”

Aqui, faz-se a ressalva que não se concorda com a “necessidade” de haver um procedimento certo, muito pelo contrário.

Em tempos de direitos emergentes na sociedade global há sim a necessidade de atender a esses direitos de forma efetiva, o que é avesso às formas estáticas de procedimentos.

Avelino ainda expõe que pela prevalência de um princípio do autorregramento da vontade contido do caput do artigo 190, conclui-se que nada se pede ao juiz, determina-se que o mesmo proceda a alteração no procedimento (ATAÍDE JÚNIOR et al., 2015, p. 326).

Nesse aspecto, paira a dúvida quanto ao fato de um juiz, que senão o Juiz Hércules dworkiniano, conseguir entender o seu papel coadjuvante no procedimento especial. O juiz oriundo do atual período pós exegético dificilmente conseguirá portar-se dessa forma.

Disso, corroborado com a possível necessidade que o judiciário terá de impor para levantar os limites ao autorregramento da vontade, isso só poderá ser feito de forma que se fuja do solipsismo, buscando em Hércules a resposta adequada, a partir de uma visão constitucional do processo.

Quanto à validade, não se pode estabelecer critérios apriorísticos (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 330), tal qual acontecerá se entendermos

tanto os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) quanto os da Escola Nacional Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) como legítimos, sem questionarmos a sua criação a partir de uma visão hermenêutica.

Frise-se que o hercúleo esforço deve ser baseado em uma visão de ser-no-mundo (ser-no-processo) de juiz Hércules de Dworkin, não de um juiz Hércules de Ost, que é uma concepção discricionária em sentido negativo, baseada em solipsismo, nesse sentido coaduna-se com o que Ramos Neto atesta: “demandará um hercúleo esforço da doutrina e jurisprudência para fixar seus contornos.” (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 332).

Por derradeiro, dentro da ideia de cooperação e consenso do Art. 6º do NCPC, é necessário que seja assimilado que *não há protagonismos* (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 332) na construção dos novos negócios jurídicos pré-processuais atípicos e bilaterais.

CONCLUSÃO

A partir do esforço empreendido no presente trabalho, espera-se que tenha se tornado clara a necessidade de conscientizar o magistrado que exercerá o controle dos negócios pré-processuais bilaterais atípicos uma postura equânime aos demais atores do processo, inclusive deixando maior relevância às partes do que a si próprio.

Reforça-se ser desnecessária a manifestação de vontade do juiz para aprimorar os negócios. As partes nada perguntam ao juiz. Resta claro que uma indevida intervenção pode prejudicar a convenção

entre as partes, por motivos de intervenções indevidas. O juízo de razoabilidade do juiz não é solicitado se cumpridos os requisitos de não vulnerabilidade e de não abusividade, quando estiverem impactando sobre direitos que admitam a autocomposição.

Assim, como às partes não é possível disporem sobre situação processual alheia, não caberá ao juiz interferir nos negócios firmados. A capacidade negocial do juiz é limitada aos casos de negócios jurídicos plurilaterais.

Acredita-se que o artigo 190 do NCPC pode ser um grande indício da quebra paradigmática quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da autonomia privada sustentado em um princípio de autorregramento.

Conforme exposto, é nítido que o juiz, responsável pelo controle dos negócios jurídicos aqui trabalhados, deve entender-se como um juiz ser-no-processo, de forma a evitar que o dispositivo vire letra morta no diploma legal estudado.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. No acordo de procedimento qual é o papel do Juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 321-334, jul./set. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 maio 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ângela A. S. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a Construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?** 2008.

Tese (Doutorado em Direito Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2486/AngelaEspindolaDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

FIUZA, Cesar. **Curso de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

ISAIA, Cristiano B. **Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano B. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Vinícius de M. **Uma teoria hermenêutica da responsabilidade: os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5045/Vinicius%20de%20Melo%20Lima_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 20. jun. 2016.

MOTTA, Francisco J. B. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVATER, Fernando. **Aventura do pensamento: um passeio pela história da filosofia e pelos grandes nomes do pensamento ocidental**.

Tradução de Célia Regina Rodrigues de Lima. 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

SILVA, Ovídio A. B. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. B. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. B. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio L. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. São Paulo: Método, 2012.

WOLKMER, Antônio C. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Como citar: FERRER, Alexandre de Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico: necessidade de uma postura de juiz hércules dworkiniano. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.74-100, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p74. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 16/10/2016

Aprovado em: 09/02/2018

**DA POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO
EXTENSIVA DO INCISO IX DO ARTIGO 103
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MEDIANTE
PROTEÇÃO PROCESSUAL COLETIVA**

INTERPRETATION OF THE POSSIBILITY
OF EXTENSIVE CLAUSE IX ARTICLE 103
OF THE FEDERAL CONSTITUTION BY
COLLECTIVE PROTECTION OF PROCEDURE

Letícia de Oliveira Catani Ferreira*
Zaiden Geraige Neto**

* Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito de Família e Sucessões em 2015 pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Graduada em Direito em 2003 pela Universidade Paulista (UNIP). Email: leticiacatani@yahoo.com.br

** Doutor em Direito em 2007 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito em 2000 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Email: zgneto@uol.com.br

Como citar: FERREIRA, Letícia de Oliveira Catani; NETO, Zaiden Geraige. Da possibilidade de interpretação extensiva do inciso ix do artigo 103 da constituição federal mediante proteção processual coletiva. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.101-133, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p101. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Pretende-se com o presente estudo, buscar a possibilidade de interpretação extensiva da norma contida no artigo 103 da Constituição Federal, especificamente no seu inciso IX, que em sua integralidade elenca com rol taxativo os legitimados à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nesse contexto, onde entra à baila a preocupação lúdima da garantia de acesso ao Judiciário, com

vistas à ponderação de dar azo à quem tenha verdadeiro interesse na matéria debatível, que se descobre na pretensão do IBDFAM – Instituto brasileiro de Direito de Família, uma justa provocação do Supremo Tribunal de Justiça, quando eleva ao debate o tema da inconstitucionalidade da tributação do Imposto de Renda sobre a pensão alimentícia. Também, buscando o âmago do tributo em apreço, cujo o fato gerador é o acréscimo de patrimônio, ou aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza, não se verifica justeza em atentar contra a dignidade de quem presta e precipuamente de quem recebe os alimentos, garantindo, desta feita, uma importante discussão com repercussão geral. Como se pode verificar, a inspiração do presente trabalho, vem de recente ajuizamento pelo IBDFAM de ADI, datada de 25 de novembro de 2015, oportunidade que a discussão em referida ação também abrangeu aspecto processual que verte à legitimidade de seus autores, uma vez que se discute se o IBDFAM é considerado entidade de classe de âmbito nacional, cumprindo-se, assim, a exigência do art. 2º, IX, da Lei nº 9.868 de 1999, conseqüentemente o artigo 103 da CF. Nessa cadeia, o IBDFAM, inspirou-se em pretensão do IDECON – Instituto do Direito do Consumidor que ajuizou ADI nº 5291 buscando pretensão de consumidores e arguindo legitimidade ativa com vistas a sua representatividade no âmbito nacional.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade. IBDFAM. IDECON. Interpretação extensiva. Legitimados.

Abstract: The aim of this study is to analyze the broad interpretation of the rule present in article 103 of the Brazilian Federal Constitution (CF), specifically in section IX, which in its entirety provides an exhaustive list that gives legitimacy to the use of the Direct Action of Unconstitutionality. In this context, which raises doubts to the practicality of having access to courts – specifically for those who have substantial interest in the matter – the claim of the IBDFAM (Brazilian Institute of Family Law), a fair provocation of the Supreme Court, raises the question whether the taxation of child support is income tax and if its practice is unconstitutional. Moreover, seeking the core of the tribute in question, the fact of which is that the increase of equity, or acquisition of the economic or legal availability of income and earnings of any nature, does not prove correct in violating the dignity of those who provide and receive child support. Therefore, this discussion has general repercussions that can affect significantly the Brazilian populace. As can be seen, the inspiration for this work comes from the recent ADI IBDFAM filing, dated November 25, 2015, an opportunity, which set in motion this discussion, as it covered the procedural aspect of the parts' legitimacy,

since it is discussed whether the IBDFAM is considered a class entity of national scope, thusly fulfilling the requirement of art. 2, IX, of Law 9,868 of 1999, and consequently article 103 of the CF. In this chain, IBDFAM was inspired by the IDECON (Consumer Law Institute), which filed the ADI n. 5291 that seeks consumer claims and argues for active legitimacy, with a view to its representativeness at the national level.

Keywords: Direct action of unconstitutionality. IBDFAM. IDECON. Extensive interpretation. Legitimized.

INTRODUÇÃO

A legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade, muito embora esteja expressa em nove incisos do artigo 103 da Constituição Federal, guarda em alguns dos seus indicados algumas peculiaridades, cuja uma delas nos move ao presente trabalho. Precipuamente o inciso IX que indica por legitimados, a entidade de classe de âmbito nacional.

Na lição de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2010, p. 231), temos duas espécies de legitimados, quais sejam:

Legitimados universais: Presidente da República, mesa da Câmara, mesa do Senado Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Legitimados especiais ou temáticos: mesa da Assembleia Legislativa de Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, governador de Estado ou Distrito Federal, e confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Mesmo autor complementa suas assertivas aduzindo que os legitimados universais têm interesse de agir presumido, pois, guardam consigo o dever de defesa da ordem constitucional. Por outro lado, no que se reporta aos legitimados especiais ou temáticos, dos quais, pegamos emprestado àquele que indica como legitimados as entidades de classe, necessário que se demonstre a pertinência temática, ou a denominada representatividade adequada (DANTAS, 2010, p. 231).

A ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 5422 discute a incompatibilidade com a ordem constitucional da incidência do imposto de renda sobre a pensão alimentícia, com a verificação das limitações do legislador para definir o que seja renda e proventos, quando não se deve balizar em qualquer fato para que o mesmo atribua competência

à União para instituir e cobrar o imposto.

No escopo de referida ação, requereu-se a suspensão da eficácia do artigo 3º, §1º da Lei 7.713/1988, combinado com os artigos 5º e 54 do Decreto 3000/1999, apontando no mérito a inconstitucionalidade dos dispositivos. Nessa atmosfera é verificado na letra fria da lei, que o referido imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem deduções e o que se define por rendimento bruto é o produto de todo capital, do trabalho ou da combinação de ambos, compreendendo também os alimentos e pensões percebidos em dinheiro.

Os dispositivos suscitados ressaltam que os rendimentos percebidos em dinheiro a título de alimentos ou pensões, que tenham sido definidos judicialmente, compreendendo os provisórios e provisionais, inclusive, serão tributáveis.

O IBDFAM traz à discussão preceito constitucional que aduz que o imposto de renda deve incidir sobre alterações positivas do patrimônio e não se pode atribuir caráter patrimonial ao direito alimentar.

Nos dizeres de Rolf Madaleno (2015, p. 1.127), somente as riquezas que se agregam ao patrimônio dos contribuintes (variações patrimoniais positivas) é que podem ser levadas à tributação, e assim dispõe o artigo 43 do Código Tributário Nacional.

É crível que o imposto de renda deve ser cobrado somente de quem ganha mais que o suficiente para as despesas cotidianas e minimamente suficientes para sua própria subsistência, bem como de seus dependentes. Nesse espeque, muito natural a discussão que se levou ao Supremo Tribunal Federal com a justa provocação para a análise do âmago do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que em linhas gerais estabelece que renda é o ganho que permite, ao menos em tese, algum acréscimo patrimonial.

Inquestionável que o tema proposto merece proteção e tutela jurisdicional, uma vez que a presente discussão fere uma coletividade. A adequação da via eleita é superável, conquanto a legitimidade do demandante nos rende o presente estudo, já que a letra fria da lei enfatiza: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, 1999).

A ADI proposta pelo IBDFAM norteia-se no precedente do ministro Marco Aurélio, relator da ADI 5.291, proposta em abril de 2015, pelo IDECON - Instituto de Defesa do Consumidor e que nesta oportunidade está pendente de julgamento.

O IDECON em seu pleito, com pedido liminar, contra o artigo 101 da Lei nº 13.043/2014, que trata da Ação de busca e apreensão de veículos automotores com alienação fiduciária, buscou adequação do tema levado a baila (pertinência temática), aos interesses a que se propõe tutelar (interesses que fazem congregar os consumidores).

Da análise do artigo 103, inciso IX da CF, verifica-se que o IDECON suscitou sua legitimidade em referida ADI, dizendo-se associação de defesa de direitos e interesses dos consumidores com atuação em âmbito nacional.

Mesmo raciocínio seguido pelo IBDFAM que também equipara-se à entidade de classe de âmbito nacional (com regionais em diversos estados do país), e segundo argumentos de seu presidente Rodrigo da Cunha Pereira, “tem a atuação como força representativa nos cenários nacional e internacional, e instrumento de intervenção político-científica, ajustados aos interesses da família e aos direitos de exercício da cidadania”, inclusive, conforme o seu estatuto.

O que se verifica e que se pretende com o presente trabalho,

com vistas a uma interpretação teleológica, seria a expansão para criação de alternativas democráticas, propiciando a participação de setores da sociedade em cogentes discussões de aspecto constitucional, tornando possível a aposentadoria do papel coadjuvante, para efetivamente fazer nascer as decisivas posições de comando. Uma análise contemporânea ou extensiva do artigo 103, IX da CF, seria um grande passo.

1 PARTICULARIDADES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COM VISTAS AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE

Sendo a Constituição Federal uma norma jurídica, quando buscamos interpretá-la, verificamos a necessidade de nos valermos de variados elementos, regras e princípios.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2013, p. 294), a interpretação constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades, que singularizam no universo da interpretação jurídica. Mesmo autor em outra obra, também alude que o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins (BARROSO, 2009, p. 155).

Nesse espeque não se pode esperar do intérprete uma fidelidade canina às argumentações exclusivamente jurídicas. Comumente verificamos doutrinadores sustentado a ideia de que o sistema jurídico é um sistema fechado, acabado ou completo, o que nos remete a ideia de que se trata de mera frieza interpretativa. O direito necessariamente está inserido no meio social e evolui como o mesmo, transmuta-se acompanhando a evolução humana, por isso, deve ser compreendido

como um sistema inacabado e que se encontra em constante processo de aperfeiçoamento.

Um exercício interessante, assinalado por Barroso, é a busca pelo princípio maior que rege o tema em análise, buscando os outros princípios que possam se enquadrar ao estudo do instituto, secundariamente. Ainda mais interessante é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 230), que indica ser mais grave violar um princípio a uma norma, pois, naquele primeiro, representa a ofensa a um sistema de comandos.

Certos de que temos categorias de princípios, o que se pretende estudar figura entre os gerais, que não guardam caráter organizatório do Estado, resguardando situações individuais, além disso têm valoração ética e são desdobramentos daqueles princípios que derivam das opções políticas fundamentais.

A ideia de princípio ou sua conceituação, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam. Estamos falando de guias (princípios) garantidores de uma interpretação coesa da norma (ESPÍNDOLA, 1998, p. 170).

Como viga central de estudo do presente tópico, nos reportamos, a priori, ao princípio da supremacia da Constituição que nos traz o regramento de que nenhum ato jurídico subsistirá se estiver incompatível com a Constituição Federal.

Por isso, tornam-se realidades, os mecanismos que visam manter o controle de constitucionalidade que se corporificam por via incidental (em qualquer processo e juízo), ou por via principal, oportunidade que alguns legitimados indicados no artigo 103 da CF se

valerão de ações específicas que discutirão perante a Corte Máxima a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Com isso, ante todo o cingido pelo artigo 5º da Constituição Federal, no que pertine a previsão de tratamento isonômico, em suas medidas peculiares, e as garantias de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, verificamos em seu inciso XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, revelando o notável princípio constitucional da inafastabilidade, que orientará nossa presente pretensão.

Referido Princípio é de grande importância no contexto ora em análise, conforme ensinamento aquilado de Zaiden Geraide Neto (2003, p. 12), que assim leciona:

Dessa forma, o Estado, vedando que o cidadão tente solucionar problemas cuja competência institucional, via de regra, lhe é privativa, positivou no Brasil a regra segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, representada pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional [...].

Para verificarmos os limites de interpretação do artigo 103, inciso IX da CF, precipuamente sobre o que se denomina entidade de classe, buscamos analogia preciosa exposta por Luís Roberto Barroso que lembra da canção Garota de Ipanema lançada em 1962, mundialmente conhecida, composta e interpretada por Antônio Carlos Jobim e Vinícius de Moraes, oportunidade que foi objeto de várias outras interpretações por diversos artistas. Sua melodia e letra permaneceram intactas, nesta esteira, preservada sua essência, contudo, nunca se apresenta igual, colocada aos muitos interpretes (BARROSO, 2009, p. 291).

Em mesma obra, ainda nos fala que:

A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete. Por isso mesmo, uma versão nunca é exatamente igual a outra. Ainda assim, havendo fidelidade à melodia e à letra originais, não será possível dizer que uma seja certa e a outra, errada. (BARROSO, 2009, p. 291).

Sem fugir da essência estampada na norma, como se verifica as diferentes formas de se interpretar a mesma norma inserida no inciso IX do artigo 103, sob as muitas óticas do que seja entidade de classe no contexto proposto. E Barroso, ainda se reportando à canção Garota de Ipanema, complementa que a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado. (BARROSO, 2009).

Infere-se com isso, que a interpretação é instintiva, verificada a ótica pessoal, com toda ressalva que se espera, com os limites desejados para se caminhar nesse terreno, pois, não se pode fugir do âmago esposado pelo constituinte, considerando possíveis limitações colocadas pelo mesmo.

A norma constitucional, assim como qualquer outra do direito não são únicas à interpretação, ou possuem interpretação específica, já que o contexto social e as eventualidades entregues ao intérprete poderão fazer diferença naquele momento que muitas vezes é único.

Há grande diferença na discussão de intributabilidade do imposto de renda na pensão alimentícia encampada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, que é uma associação civil com repercussão nacional e sedes em vários estados brasileiros, bem como no cenário internacional, com outra associação de menor organização e representatividade ligada, por exemplo, a uma associação de moradores

de bairro, sem menosprezo de sua importância, contudo, que em seu ceio houvessem pais pagadores ou beneficiários de pensão alimentícia e que se sentissem ultrajados com referida postura do fisco.

Além do tema não guardar pertinência àquele exíguo grupo, tão pouco se reportariam ao contexto proposto no inciso IX do artigo 103 da CF.

A interpretação do que seja entidade de classe é o cerne da questão. O intérprete deve guarda compromisso efetivo com a Constituição, prestigiando sempre que possível a interpretação que coaduna com o espírito da norma.

Retornando ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que não pode ser esquecido nesse contexto, verificamos nele que todos têm a garantia constitucional de acesso à justiça, conquanto, é dever do Estado promover o amplo e facilitado acesso.

Nos dizeres de Zaiden Geraide Neto (2003, p. 27):

A não exclusão de apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito e a conseqüente garantia de acesso à justiça devem ocorrer em toda a sua inteireza, possibilitando não só o acesso puro e simples - o ingresso em juízo - como, também, a garantia e o respeito ao verdadeiro *due process of law*, em seus aspectos processual e substancial.

A interpretação estrita, restrita e rígida do inciso IX do artigo 103 da CF, precipuamente do que vem a ser entidade de classe, ou mais precisamente, tentar externar o que o constituinte quis trazer com o conceito proposto de forma limitada, ao humilde sentir desta subscritora seria uma forma de restringir o tão esperado e necessário acesso ao Judiciário, limitando a norma aos poucos legitimados que

abarcaria e conseqüentemente limitando o pleito de se ver declarados inconstitucionais regramentos que estão naufragados no oceano jurídico.

Num caminho processual comum, com sopeso da lei, fatos e a sentença, o que temos nessa ceara, com oportuna colocação de Luís Roberto Barroso (2009, p. 347) é a interpretação jurídica consistente em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma, porquanto, não há que diferir da pretensão do IBDFAM (caso proposto) que busca na lei a solução para fato conflituoso que denomina inconstitucional, buscando na Suprema Corte a declaração de sua inconstitucionalidade, com vistas a sua legitimação para tal pleito numa interpretação elástica e contemporânea que respeita a essência da norma, resguardadas no princípio da inafastabilidade.

Destarte, oferecer ao jurisdicionado a mera possibilidade de ingressar em juízo não significa dar cumprimento ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como bem salienta Zaiden Geraide Neto (2003, p. 29). Eventualmente, manter essa máxima de que basta ofertar o acesso para se galgar a justiça, é qualificado pelo doutrinador como engodo ou oferecimento do que denomina meia justiça, por certo, pois, o princípio ora sugerido só se convalida aplicado em sua plenitude, quando respectivo acesso se dá em sua plenitude, com entrega do devido processo legal à dispor do jurisdicionado e nesse caso, com a interpretação mais ampla, e responsável, sem que se perca da essência do que a norma nos traz, com a indicação de entidades de classe, como legitimados à propositura da ADI.

Não se deve fugir da conclusão que se chega sobre o espírito do constituinte que está enlevado de espírito progressista, mais do que o legislador ordinário, oportunidade que nos leva à refletir sobre a potencialidade e as muitas possibilidades interpretativas do direito

constitucional, quer dizer, é verificado que sem inutilizar uma perspectiva crítica, se torna possível, verificando os princípios maiores da Carta Magna, aliados ao processo comum de mutação social, evoluirmos na dogmática constitucional.

Por Zaiden Geraide Neto (2003, p. 54), complementa-se raciocínio de que qualquer óbice que se crie à busca da tutela jurisdicional deve ser considerado inconstitucional, à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Portanto, valendo-nos do verdadeiro âmago da vontade do constituinte, devemos utilizar uma interpretação adequada, aliada ao fomento da busca pela tutela jurisdicional almejada (com todas as suas ferramentas lúdicas), sem restrições que inabilitem a busca ou acesso à Justiça, verificando que na contramão dessa projeção, teríamos os obstáculos não quistos e tão combatidos, como no caso da interpretação restrita e fria do inciso IX do artigo 103 da CF, no que pertine as entidades de classe.

1.1 Das resistências legislativas / interpretativas

Em relação as entidades de classe de âmbito nacional importante ressaltar que sua plenitude global deve ser verificada para análise de sua legitimidade, conforme assevera Alexandre de Moraes (2011, p. 769).

O que se verificou ao longo dos tempos foi a segmentação de limites subjetivos pelo Supremo Tribunal Federal, no que pertine o exercício da legitimidade do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal. Citação emblemática quando nos reportamos ao julgamento da ADI nº 42/DF, de relatoria do ministro Paulo Brossad, em 1992, onde se adotou uma definição restritiva do conceito de entidade de classe, com manifestação eloquente do ministro Sepúlveda Pertence, quando

define tais grupos como de pessoas que exercem as mesmas atividades profissionais ou econômicas, distinguindo-se apenas pela identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico.

Como se vê:

Associação que reúne empresas, sociedades de companhias abertas, pessoas jurídicas de direito privado, não caracteriza entidade de classe de âmbito nacional legitimada para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Necessidade de unidade, em caráter permanente, de interesse daqueles que empreendem atividade profissional idênticas (BRASIL, 1993, p. 05611).

Em mesmo raciocínio o ministro complementa que “classe” está presa à ideia de “profissão” ou de “segmento econômico”, considerando interesse objetivo homogêneo entre os associados, já o caráter econômico ou profissional das entidades e a homogeneidade de interesses dos associados seriam, em última análise, os requisitos imprescindíveis da legitimidade que se fala no inciso IX do artigo 103 da Carta Magna, conforme se verifica no corpo do julgado da ADI nº5291/DF (BRASIL, 2015).

Noutra oportunidade, no escopo de ADI proposta pela Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil contra a Lei 8.920/94, que veda o pagamento de dividendos e de participações nos lucros, com base em saldo credor da conta de correção monetária, apurado por empresas controladas pelo Poder Público, argumentou-se que para a subsunção do preceituado no artigo 103, inciso IX, não se poderia prevalecer tese restritiva no tocante ao conceito de classe, uma vez que o constituinte buscou a soma de pessoas que se acham

unidas em torno de questões comuns, pouco importando se pertençam a um segmento ou fração de categoria profissional, contudo, negada a legitimidade, pois, esbarrada em rigorismo extremo da interpretação da norma (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 259).

Nesta oportunidade o ministro Sepúlveda Pertence argumenta que firmada estava a jurisprudência do Tribunal, diversas vezes contra o seu voto, no emprestar compreensão estrita, na leitura do artigo 103, IX, ao conceito de entidade de classe, reduzida esta à noção corporativista de categoria profissional ou econômica (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 260).

Com mesmo rigor o Supremo desconsiderou a legitimidade da UNE – União Nacional dos Estudantes, na ADI 894/DF de 18 de novembro de 1993, como se verifica em sua ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa “ad causam”. União nacional dos estudantes - UNE. Constituição, art. 103, IX. 2. A União Nacional dos Estudantes, como entidade associativa dos estudantes universitários brasileiros, tem participado, ativamente, ao longo do tempo, de movimentos cívicos nacionais na defesa as liberdades públicas, ao lado de outras organizações da sociedade; e insuscetível de dúvida sua posição de entidade de âmbito nacional na defesa de interesses estudantis, e mais particularmente, da juventude universitária. Não se reveste, entretanto, da condição de “entidade de classe de âmbito nacional”, para os fins previstos no inciso IX, segunda parte, do art. 103, da Constituição. 3. Enquanto se empresta a cláusula constitucional em exame, ao lado da cláusula “confederação sindical”, constante da primeira parte do dispositivo maior em referência, conteúdo imediatamente dirigido a ideia de “profissão”, - entendendo-se “classe” no sentido não de simples segmento social, de “classe social”, mas de “categoria profissional”, - não cabe reconhecer a UNE enquadramento na regra constitucional

aludida. As “confederações sindicais” são entidades do nível mais elevado na hierarquia dos entes sindicais, assim como definida na Consolidação das Leis do Trabalho, sempre de âmbito nacional e com representação máxima das categorias econômicas ou profissionais que lhes correspondem. No que concerne as “entidades de classe de âmbito nacional” (2. Parte do inciso IX do art. 103 da constituição), vem o STF conferindo-lhes compreensão sempre a partir da representação nacional efetiva de interesses profissionais definidos. Ora, os membros da denominada “classe estudantil” ou, mais limitadamente, da “classe estudantil universitária”, frequentando os estabelecimentos de ensino público ou privado, na busca do aprimoramento de sua educação na escola, visam, sem dúvida, tanto ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania, como a qualificação para o trabalho. Não se cuida, entretanto, nessa situação, do exercício de uma profissão, no sentido do art. 5., XIII, da lei fundamental de 1988. 4. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, por ilegitimidade ativa da autora, devendo os autos, entretanto, ser apensados aos da ADIN n. 818-8/600 (BRASIL, 1995a).

Outras ações levadas ao STF nesse período pereceram sob mesmo argumento, tais como da ABRADDEC – Associação Brasileira de Defesa do Cidadão na ADI de 61/ES de 29 de agosto de 1990, a Associação de órgãos públicos na ADI 67/DF de 18 de abril de 1990 e outras tantas.

A rigidez se reporta, não apenas na caracterização do que seja entidade de classe de âmbito nacional, como também, da estrita análise da matéria tratada, com o que se espera da oportuna pertinência temática. Elementar, conquanto, que no que se refere a pertinência temática, observa-se se que o tema tem estrita ligação com os interesses de seus membros ou associados, e quando destoantes, em tese, que se sopesa se a busca terá efeitos reflexos que abriguem os interesses dos mesmos.

Na proposta do IBDFAM, há impasse com cotejo ainda mais sedutor, pois, é entidade de classe com representação em vários Estados brasileiros, traz assunto de estrito interesse dos seus, contudo, a decisão de referida ADI repercutirá numa coletividade pagadora de impostos, bem como pagadora e beneficiária de alimentos.

2 ANÁLISE EFETIVA DA LEGITIMIDADE ATIVA DO IBDFAM – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, PARA A ADI N. 5422

A Constituição Federal de 1988 inovou no que pertine a legitimidade na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tradicionalmente era direcionada ao Procurador-Geral da República, porquanto, transformando-a em legitimação concorrente.

Além do leque de sujeitos constantes no artigo 103 (Presidente da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara dos Deputados, mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), cuida-se da pertinência temática, e no que se refere as entidades de classe, oportunidade que se exige a prova de referida adequação entre tema e legitimado (BRASIL, 1995b, p. 30.589).

Segundo Eduardo Ribeiro Galvão (2014), as entidades de classe têm importante papel no exercício da democracia por representarem grupos de pressão da sociedade civil organizada que participam do processo decisório das políticas públicas. A sua atuação na discussão

e defesa dos interesses dos diversos setores da sociedade conferem às entidades uma função primordial no cenário político.

Ainda em mesma fonte doutrinária, o autor define entidade de classe como associações constituídas por empresas ou pessoas que possuam identidade na atividade econômica que desempenham. Nessa esteira conclui-se que apenas entidades de classe onde se abarque associados que desempenhem mesma atividade econômica que se legitimam segundo a Carta Magna a representar seus associados judicialmente, portanto, podendo ajuizar ações dessa natureza.

Na petição inicial ajuizada pelo IBDFAM, seus autores definem o Instituto da seguinte forma:

O requerente é uma associação civil sem fins lucrativos e de Utilidade Pública Federal (Portaria MJ nº 2.134, de 27.05.2013), por prazo indeterminado, que se rege por seu Estatuto, registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da comarca de Belo Horizonte, sob nº 97.499, no Livro A, em 26.03.1998, possuindo, segundo a ATA, regionais em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal. Entre os objetivos institucionais, conforme previsão estatutária, tem a atuação como força representativa nos cenários nacional e internacional, e instrumento de intervenção político-científica, ajustados aos interesses da família e aos direitos de exercício da cidadania (art. 3º, III, Estatuto do IBDFAM) (IBDFAM, 2015, p. 2).

Não obstante todo o aludido, por analogia ao que se aplica aos partidos políticos, busca-se como parâmetro, que tais entidades de classe de âmbito nacional, possuam filiados em, pelo menos, nove Estados da Federação, o que se adéqua à estrutura do IBDFAM (DANTAS, 2010, p. 230).

No escopo da ADI nº 5291, proposta pelo IDECON, numa importante e visionária interpretação do inciso IX do art. 103 da CF, o Ministro Marco Aurélio se posiciona favorável à uma interpretação mais flexível sem que se perca a essência das aspirações do legislador, precipuamente no cuidado com a pertinência temática.

Conquanto, mesmo destacando em doutrina de Gilmar Mendes que o Supremo tem entendido que o constituinte optou por uma legitimação limitada dessas entidades (MENDES, BRANCO, 2013, p. 1112), oportunidade que o Relator Marco Aurélio em decisão monocrática datada de 06 de maio de 2015, faz menção que é chegada a hora do Tribunal evoluir na interpretação de referido inciso e artigo da Carta Magna vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário, como se verifica em suas razões:

Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania. [...] Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988,

reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON (IBDFAM, 2015, p. 2).

Em mesmo corpo decisório o relator suscita importante doutrina que se compreende conveniente transcrever:

Há de se buscar, como bem destacado pelo professor Daniel Sarmiento, a “abertura da interpretação judicial da Constituição às demandas e expectativas provenientes de atores não institucionais da sociedade civil”, de forma a possibilitar que diferentes segmentos sociais possam “participar efetivamente dos processos constitucionais [...] como agentes e não como meros expectadores”. Conforme defende o autor, a fim de não “comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional” e empobrecer a própria agenda, o Supremo deve rever o alcance do inciso IX do artigo 103 da Carta da República: Não há qualquer razão legítima que justifique esta interpretação restritiva do Supremo. Ela não é postulada pela interpretação literal, pois a palavra “classe” é altamente vaga, comportando leituras muito mais generosas. Ela não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois, como se viu acima, frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição. Com efeito, não há, na Constituição de 88, uma priorização dos direitos e interesses ligados às categorias econômicas e profissionais, em detrimento dos demais. Pelo contrário, a Constituição revelou preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais (IBDFAM, 2015, p. 3).

Nessa espeque, muito embora ainda prevaleça certa divergência nos Tribunais, no que se refere a conceituação das entidades de classe de âmbito nacional, se extrai da ADI nº 5291, decisão monocrática com

salutar lucidez do ministro relator Marco Aurélio que lança vertente contemporânea e inclusiva, pois, ao mesmo tempo que afrouxa as endurecidas amarras interpretativas do instituto, o faz com vistas à fluidez que se espera, quando se busca melhor acesso ao Judiciário (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 259).

3 BREVES PRELEÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, O DIREITO COMPARADO E SEUS LEGITIMADOS

Para análise no campo do Direito Comparado temos dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, que são o americano e o europeu, os quais serviram de embasamento para criação dos demais sistemas e que se apresentam por duas formas distintas, quais sejam, num dado momento verificando a compatibilidade da lei e o regramento maior por meio ordinário, que seria o sistema americano, e noutro momento se socorrendo de órgão especializado, como ocorre no sistema europeu.

Em singular estudo de autoria de Gilmar Mendes (2016, p. 1) destacou-se que:

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Concepções aparentemente excludentes que, no entanto, acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, que congregam os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado.

Nesse espeque, verifica-se que o modelo brasileiro, sob as

influências citadas é proeminentemente um modelo misto (MARIANO, 2006, p. 6), ou seja, resultante de um modelo híbrido, com especificidades mescladas de ambos os modelos. Verifica-se, portanto, um controle resultante da diversidade dos instrumentos processuais, que fiscalizam a consonância das leis com a nossa lei maior, com vistas à proteção dos direitos fundamentais.

Por certo que em maior ou menor grau o exercício da jurisdição constitucional no Brasil sofreu influências dos sistemas americano e europeu, como.

O juízo de compatibilidade entre a legislação ordinária e a constituição surgiu nos Estados Unidos, consolidou-se no julgamento *Marbury versus Madison* em 1803, oportunidade em que o juiz Marshall suscita o princípio da supremacia da Constituição em detrimento das demais leis, oportunidade que doravante, o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade ocorreria se provocados de forma incidental, num caso concreto, resultando na adoção do que se denomina controle difuso ou concreto de constitucionalidade. O que se verifica no sistema difuso americano, é que seus julgados emanam caráter de precedente obrigatório. No sistema americano ato normativo declarado inconstitucional não pode produzir qualquer efeito, operando necessariamente com efeitos *ex tunc*.

Sob o aspecto subjetivo, diz-se que o sistema americano é do tipo difuso, pois todos os órgãos do poder judiciário tem competência para afastar a aplicação de uma lei que afronte a constituição (CAPPELLETTI, 1999, p. 67).

Marshall profere entendimento singular, aduzindo que, ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o ato legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais afirmativas (BONAVIDES, 1996, p. 267).

Por outro lado, o que se chama de modelo europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade tem suas origens na constituição austríaca de 1920, também mencionada por Gilmar Mendes (2016) em seu trabalho, acima citado, conquanto os modelos americano e europeu, sem dúvida alguma, são divisores d'água.

Por sua vez, no modelo europeu o controle de constitucionalidade é exercido por órgão independente da estrutura Judiciária. A atividade do Tribunal Constitucional é de natureza legislativa, porque a declaração de (in)constitucionalidade, quando da análise da norma em abstrato, produz os mesmos efeitos da edição de um ato legislativo, dado seu caráter de generalidade. A provocação ocorre somente por ação, para exercer o controle de constitucionalidade, sem deferência a caso concreto, cujas decisões têm caráter *erga omnes*.

A busca pelas peculiaridades do controle de constitucionalidade e seus legitimados em outros países, enriquecem o presente trabalho e se denotam instigantes, porquanto, verifiquemos a legitimidade e sistemática do controle de constitucionalidade em alguns países:

3.1 Estados Unidos da América

Por ser o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América exercido por mero incidente processual, verifica-se como regra que outras pessoas ou entidades, de uma forma geral, não participam do processo, levando em conta que inexistente no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo, verificar-se-á, tão somente, uma postura de terceiro interessado, sempre se reportando a figura do *amicus curiae brief*, oportunidade que

autoridades estaduais ou federais poderão intervir (MENDES, 2010, p. 129).

4.2 Áustria

O controle de constitucionalidade na Áustria, criado sob influência de Hans Kelsen, vem regulado na Constituição austríaca, entre artigos 137 a 148. Teve sua origem na Constituição de 1920 e modificado com a Emenda Constitucional de 7 de Dezembro de 1929.

O Tribunal Constitucional, órgão autônomo, possui competência para julgar de forma abstrata e na via tradicional, o faz, sem adentrar no mérito da lide. Na sua composição tem quatorze membros efetivos e seis suplentes.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido por meio de ação direta ou por consulta dirigida ao juízo, que por sua vez não tem competência para apreciação, mas, o Tribunal Constitucional ao qual submeterá, como dito.

Ressalvadas as peculiaridades da lei combatida, pela via direta, a legitimidade poderá ser exercida: I – pelos governos provinciais direcionados à Corte para a análise de constitucionalidade de norma federal, bem como o governo federal fazer o mesmo em relação às normas provinciais; II – um terço dos deputados do Conselho Nacional podem propor a ação de constitucionalidade em relação à lei federal, e a mesma fração dos deputados da *Dieta* de determinado *Land* em relação à lei provincial; III – os indivíduos podem contestar a inconstitucionalidade de uma norma federal, alegando que determinada norma viole direito individual (FAVOREU, 2004, p. 48-49).

4.3 Alemanha

A Lei Fundamental da Alemanha prevê os sistemas de controle de constitucionalidade concreto e abstrato, ambos realizados pelo Tribunal Constitucional Federal, que é dividido em duas Câmaras bem marcadas, cada qual com atribuições bem específicas. Compõe-se de juízes federais e juristas eleitos pelo parlamento federal e pelo conselho federal (FAVOREU, 2004, p. 61-62).

O Tribunal atua, provocado mediante requerimento escrito e fundamentado, contudo, com a possibilidade de indeferimento dos pedidos sem que precise fundamentá-los. Nos moldes alemães, o controle não será interrompido pela desistência do pedido, pois, há interesse público na questão discutida. Os processos ante o Tribunal Constitucional Federal são unilaterais, e juízes podem verificar a inconstitucionalidade das leis, conquanto somente o Tribunal Constitucional poderá declará-las.

No que tange os legitimados, a Lei Fundamental Alemã confere capacidade para a petição do Governo Federal, Governo Estadual ou um terço dos membros do parlamento. Será verificado, como condição de procedibilidade, a controvérsia sobre a compatibilidade da lei federal ou estadual com a Constituição ou com a legislação federal.

4.4 França

O controle de constitucionalidade francês possui algumas peculiaridades, que lhe difere dos países acima mencionados, pois, seu controle de constitucionalidade é feito pelo Conselho Constitucional, com delimitações expressas na Constituição Francesa de 1958, porquanto, optaram pelo sistema concentrado e abstrato, porém preventivo, e para alguns autores, trata-se de um controle político (GOMES, 2003, p. 97).

Nem toda matéria passa pelo crivo do controle de constitucionalidade, de modo que será obrigatório quando se tratar de leis orgânicas e regulamentos internos, sendo facultado às leis complementares. Não passarão por referido controle leis referendadas, emendas constitucionais e atos normativos editados pelo executivo.

O Conselho Constitucional exerce funções típicas de guardião da Constituição e possui atribuições não jurisdicionais, como por exemplo, fiscalizar a regularidade das eleições presidenciais e parlamentares.

Sendo um controle preventivo, a inconstitucionalidade é extirpada no nascedouro, contribuindo para que não se instaure a incerteza jurídica.

No que pertine a legitimação, o Poder Judiciário não realiza o controle abstrato ou difuso, sendo competente exclusivamente o Conselho Constitucional, órgão político não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.

4.5 Canadá

O Canadá realizou a primeira experiência de um modelo dialógico de jurisdição constitucional, pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que a desvinculou da legislação inglesa e que contribuiu para a formação da primeira parte da Constituição de 1982, com a contribuição do primeiro ministro Pierrri Trudeau.

Nessa esteira, a Constituição canadense de 1982 tem vários traços da Constituição americana, precipuamente com a determinação de que qualquer lei divergente não deve prosperar. Neste ponto específico, o modelo inicial para a solução do problema pode ser exemplificado através de uma normatização constitucional, que se trata da cláusula

de derrogação, a qual oferece a jurisdição constitucional ao Poder Legislativo e, desta forma, fomenta o diálogo entre os poderes Judicial e Legislativo por ocasião do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade canadense é exercido também por órgão judiciário denominado Suprema Corte, formada por um corpo de juízes que são nomeados pelo Governador Geral, que é o representante da Coroa britânica no país, sendo portanto, órgão de composição jurisdicional.

O Parlamento pode aprovar uma lei declarando expressamente sua validade, não obstante os direitos da Carta, bastando utilizar-se da cláusula *notwithstanding*. Diante desta, a justiça não está legitimada a declarar a ilegitimidade de nenhuma lei. A cláusula pode ser utilizada tanto de maneira preventiva quanto repressiva, na aprovação de uma lei ou diante de uma sentença de inconstitucionalidade. Mas ainda assim, o Tribunal poderá recorrer à via interpretativa, mas restará ao Congresso dizer a última palavra (FARIA, 2013).

CONCLUSÃO

Infere-se que a busca por uma interpretação extensiva dos incisos do artigo 103 da Constituição Federal, precipuamente o IX, não conduzem à uma tentativa de tornar a norma permissiva em demasia. O direito evolui de acordo com a evolução da sociedade e a interpretação de uma norma deve ser conduzida com a realidade social e a busca por seu âmago com vistas ao que pretendeu imprimir o legislador, que nesse caso, verificando todo o contexto social de nossa Carta Magna, quis privilegiar maior gama de legitimados, consequentemente, oportunizar

e facilitar a busca pelo Judiciário.

Instigante o estudo da iniciativa do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, que ajuíza ADI em novembro de 2015, com o intuito de discutir essa disparidade entre a norma tributária (incidência do imposto de renda quando não revelado o acréscimo patrimonial) e a tributação do imposto de renda na pensão alimentícia, que por sua vez não é considerada renda, portanto, não se reporta à acréscimo patrimonial, num contexto que se adéqua à exigência dos legitimados especiais ou temáticos.

Outrossim, a legitimidade do IBDFAM, para a propositura da ADI nº 5422, numa análise fria, extrapolaria a norma inserida no artigo 103, inciso IX da Carta Magna e lei nº 9.868/99 (art. 2º, IX) que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, já que é uma Associação Civil que depende de uma interpretação mais elástica do que se enquadra em entidade de classe.

A pretensão do IBDFAM respaldou-se em decisão monocrática de ADI ajuizada pelo IDECON, que trata de assunto que abarca seus objetivos institucionais, oportunidade que o ministro Marcos Aurélio, externou interpretação contemporânea da legitimidade de Institutos de classe que têm abrangência nacional, fazendo desta decisão, vento novo que sopra para melhores rumos, precipuamente à pretensão de se facilitar o acesso ao Judiciário.

Encontramos importante respaldo no princípio da inafastabilidade, porquanto, o direito necessariamente está inserido no meio social e evolui como o mesmo, devendo ser verificado como um sistema inacabado e que se encontra em constante processo de aperfeiçoamento, do qual, não se afasta da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito, representada pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gangra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000. Tomo III, 4 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 42/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Julgamento 24 set. 1992. Publicação DJ 2 abr. 1993. p. 05611.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 894 DF**, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento 18 nov. 1993, Publicação DJ 20 abr. 1995a, p. 09944.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.096-4 RS**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 22 set. 1995b, p. 30.589.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5291**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento em 6 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3850 SP**. Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento em 30 jan. 2007, Data de Publicação: DJ 7 fev. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIA, Maristela Medina. **Análise do controle de constitucionalidade do Canadá, Estados Unidos da América e França**. 2013. Disponível em: <<https://www.diritto.it/analise-do-controle-de-constitucionalidade-do-canada-estados-unidos-da-america-e-franca/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Entidades de classe: a definição segundo o STF e o TSE**. Brasília, 2014. Disponível em <<http://www.relgovemfoco.com.br/entidades-de-classe-a-definicao-segundo-o-stf-e-o-tse/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de

constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. 2003.

IBDFAM - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Ação direta de inconstitucionalidade**. 2015. Disponível em: <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/01/ADI-5422-peti%C3%A7%C3%A3o-inicial.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Controle de constitucionalidade e ação rescisória em matéria tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1112.

MENDES, Gilmar. **O controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Como citar: FERREIRA, Leticia de Oliveira Catani; NETO, Zaiden Geraige. Da possibilidade de interpretação extensiva do inciso ix do

artigo 103 da constituição federal mediante proteção processual coletiva.
Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.101-133, mar. 2018. DOI:
10.5433/2178-8189.2018v22n1p101. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 13/01/2017

Aprovado em: 23/02/2018

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

GLOBALIZATION, TRANSNATIONALISM AND THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Leilane Serratine Grubba*
Regiane Nistler**

* Pós-doutora em Direito em 2017 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito em 2015 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito em 2011 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito em 2010 pela Faculdade CESUSC. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professora da Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Pesquisadora da Fundação Meridional. Email: leilane.grubba@imed.edu.br

** Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito em 2017 pela Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário em 2015 pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). Graduada em Direito em 2013 pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). Email: regianenistler@

Como citar: GRUBBA, Leilane Serratine; NISTLER, Regiane. Globalização, transnacionalismo e a efetivação de direitos humanos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.134-161, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p134. ISSN: 2178-8189

Resumo: A abordagem em apreço tem como objetivo a análise da efetivação dos direitos humanos em uma nova ordem causada pelo fenômeno da globalização e uma das suas principais consequências, o transnacionalismo. Para isso, o estudo inicia com a demonstração de consequências dos referidos fenômenos, a citar a diminuição de fronteiras entre países e a alteração de bases legitimadoras. Em seguida, faz-se a verificação de algumas considerações importantes para o instituto dos direitos humanos, em especial sua proteção pelos sistemas regionais de proteção, entre eles o Americano, Europeu e Africano. Na sequência

e ao arremate constrói-se a partir de alguns exemplos práticos e com fundamentação doutrinária como tem se dado a efetivação de direitos humanos nesse novo cenário, em especial com a atuação destacada e eficiente de atores particulares no que tange à concretização desses direitos, postura antes esperada principalmente dos Estados e nunca vista com tanta eficiência através de atores transnacionais. Ademais, quanto à metodologia utilizada, o método é o dedutivo e a técnica é a bibliográfica.

Palavras-chave: Globalização. Transnacionalismo. Direitos humanos.

Abstract: The objective of this research is to analyze the effectiveness of human rights in this era, as the phenomenon of globalization triggered the notion of transnationalism. This study starts by demonstrating the consequences of this phenomenon, such as the lessening of border importance between countries and the alteration of legitimatizing legal structures. Furthermore, important considerations should be highlighted when exploring the important issue of human rights, especially when examining regional systems of protection – among them the African, American, and European systems. This paper finalizes its thesis with the simultaneous use of case studies and theoretical research. In the end, having

outlook.com

effective human rights protection in the modern age implies not only an efficient and outstanding protection of the private sector but it should be the State's objective even if transnational actors are not efficient. Finally, in regards to this paper's method, this research uses the inductive method while also using literature review.

Keywords: Globalization. Transnationalism. Human rights.

INTRODUÇÃO

O breve estudo possui a seguinte problemática: há efetivação dos direitos humanos em um novo cenário criado pelos fenômenos da globalização e do transnacionalismo?

Inicialmente analisa-se a globalização que pode ser compreendida como um fenômeno novo e por ser multifacetado pode ainda ser abordado por meio de várias dimensões, desde política, jurídica, religiosa, até social e econômica.

Em decorrência surge o que se denomina de transnacionalismo, que embora preserve características da globalização, tratando de instituições privadas e relações sem uma base física definida e que muitas vezes fazem suas próprias regras, administrando questões de competência e interesse dos Estados, mas o realizam sem procedimentos de formalização clássicos.

Nesse contexto, propõe-se analisar a efetivação do instituto de direitos humanos, que se apresenta como uma conquista bastante recente, uma vez que tomou forma efetivamente na segunda guerra mundial e possui um conceito que se mostra em constante construção.¹

Em razão disso, esta abordagem chama a atenção para alguns detalhes dos principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, europeu, interamericano e africano, sendo importante alinhar, ainda que de forma sucinta, o perfil e os objetivos de cada catálogo e direitos consagrados pelos vários instrumentos regionais.

Adiante e ao arremate, analisa-se alguns casos práticos e são expostos posicionamentos doutrinários que, sem prejuízo de alguns episódios de violação aos direitos humanos, mostram posturas de atores privados bastante efetivas na concretização de direitos dessa natureza, inclusive mais certeiras do que se espera ou se viu dos Estados e dos

¹ Nesse sentido ver Norberto Bobbio e Hannah Arendt.

próprios sistemas regionais de proteção até então.

1 GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALISMO: UMA NOVA ORDEM

Nos ensinamentos de Cruz (2001, p. 105), Globalização continua sendo o melhor termo para representar as profundas mudanças ocorridas em nível mundial e global, acirradas, principalmente, após o fim da disputa ideológica entre capitalismo e socialismo, simbolizada pela queda do muro de Berlim que precipitou a globalização econômica e a hegemonia capitalista (MELO, 1978, p. 15), bem como a grave crise financeira global que tivemos e temos que enfrentar como seu subproduto.

Em que pese seja um fenômeno não concluído, como leciona Habermas (2001, p. 84), a Globalização tem alterado o modo de vida das pessoas, intensificando as relações de troca, de comunicação, e de trânsito, para além das fronteiras nacionais, a expansão massificada das telecomunicações, turismo, cultura, com reflexos no ecossistema e nas relações das organizações governamentais e não governamentais, caracterizada por profunda concepção hegemônica do capital, de ideologia neoliberal (CRUZ, 2001, p. 207).

O fenômeno, como ensina Santos, é complexo, multifacetado, e pode ser compreendido por diversas formas nas dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas que interligadas, por um lado, parecem combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais (SANTOS, 2005, p. 15).

Ocorre que a Globalização chegou a tal ponto já não tem mais volta. Todos, de algum modo, dependem uns dos outros, e o único caminho é garantir mutuamente a vulnerabilidade de todos e a segurança

comum. Logo, todos devem nadar juntos ou todos afundarão juntos. Finalmente o auto interesse e os princípios éticos de respeito e atenção mútuos de todos os seres humanos apontam na mesma direção e exigem a mesma estratégia. A Globalização, vista como uma maldição, pode virar uma benção, mas é uma questão que está em aberto e a resposta só depende dos seres humanos (BAUMANN, 2005, p. 95).

Inclusive, sem aderir completamente a tese crítica de Baumann (1999, p. 28) no que tange à Globalização, é preciso anotar o que o autor traz ao abordar as consequências humanas em razão do fenômeno, orientando que a cada momento temos um aumento da pobreza e diminuição das condições mínimas de sobrevivência, todavia, adverte, existe um aumento considerável das grandes potências empresariais e da exploração advinda do seu modelo desvinculado do local, tendo em sua perspectiva e modelo global, um alicerce para sua manutenção e até mesmo para a vida humana.

Nesse sentido, importa destacar o posicionamento de Saskia Sassen acerca do tema:

Estamos atrevesando una transformación que marcará una época, que aún es incipiente pero ya está mostrando gran fuerza. Con el tiempo, la hemos demonimado “globalización”. Últimamente, se le presta gran atención al aparato emergente de las instituciones y las dinámicas globales, pero, si bien se trata de un cambio transcendental, esta transformación todavía no ha incorporado del todo la arquitectura del Estado-nación. En efecto, las institucionales y los procesos globales presentan un grado de desarrollo relativamente inferior al de las esferas privadas y públicas de cualquier país que funcione con cierto nivel razonable de soberanía. Ahora bien, esa incorporación no puede reducirse, como suele suceder, a una lectura de los estados nacionales como víctimas de la globalización. El ámbito nacional continúa siendo el

terreno donde la formalización y la institucionalización alcanzan su grado más pleno de desarrollo, a pesar de que estos procesos rara vez se perezcan a las formas más inspiradas que concebimos. El territorio, el derecho, la economía, la seguridad, la autoridad y la pertenencia son elementos que en la maur parte del mundo se han construido en virtud de lo nacional, aunque en pocos casos presenten el grado de autonomía de se postula tanto en el derecho nacional como en los tratados internacionales. La capacidad transformadora que hoy exhibe la dinámica de la globalización supone una imbricación con lo nacional (los gobiernos, las empresas, los sistemas jurídicos o la ciudadanía) mucho más profunda de lo que permiten dar cuenta los análisis realizados hasta el momento (SASSEN, 2010, p. 19).

A Globalização ainda traz uma nova divisão internacional do trabalho que conjugado com a nova economia política, conforme ensina Santos, traz também importantes mudanças para a forma política do sistema mundial moderno baseada nos Estados-nações como nações soberanas em seus territórios. Há uma diminuição da autonomia política e da soberania efetiva dos Estados, acentuando-se a tendência para os acordos políticos interestatais. O Estado - nação parece ter perdido a sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política: “[...] A intensificação de interações que atravessam as fronteiras e as práticas transnacionais corroem a capacidade do Estado - nação para conduzir ou controlar fluxos de pessoas, bens, capital ou ideias, como o fez no passado” (SANTOS, 2005, p. 42-43).

Nos ensinamentos de Baumann (1999, p. 67) “o significado mais profundo transmitido pela ideia da Globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro de um painel de controle, de uma comissão

diretora, de um gabinete administrativo”.

Nesse sentido são as lições de Tomaz (2013, p. 225-226) ao aduzir que com a Globalização houve o nascimento da transnacionalização que valoriza características daquela, especialmente ligadas ao transpasse das fronteiras nacionais, a valorização do sistema capitalista como distribuição de riquezas e ao enfraquecimento da concepção do Estado - nação, enquanto, também se apresenta como fenômeno reflexivo e limitador da hegemonia neoliberal.

O Transnacionalismo, segundo Stelzer, insere-se no contexto da Globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal² [...], enquanto Globalização remete a ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; Transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio (STELZER, 2011, p. 21).

O Jurista Paulo Marcio Cruz define Transnacionalismo como um tipo de “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém Transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local (CRUZ, 2011, p. 148).

No entendimento de Ulrich Beck, faz-se necessário uma transição do Estado-nacional – baseado nas ideias do neoliberalismo – para a era transnacional que está fundada em: a) uma na nova configuração do sistema político, e, b) na substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados - nacionais por uma distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperam e concorrem entre si (BECK, 1999, p. 27).

2 É assente na doutrina que a inclusão da expressão “Estado”, na literatura política, coube a Nicolau Maquiavel, por meio da obra “O Príncipe”, publicada em 1531, em cujo início se lê: “Todos os Estados, todos os domínios, que têm autoridades sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”. (MACHIAVEL, 2004, p. 3).

Ainda, nasce também a figura do Direito Transnacional, que seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além da fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre eles. Está para todos eles ao mesmo tempo, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis (OLIVIERO; CRUZ, 2013. p. 42–43).

A “desterritorialização” das discussões sobre o Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacional descentrado, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado. Estão presentes em muitos lugares (IANNI, 1995, p. 23).

Dessa forma, estamos diante da visível erosão da soberania do Estado, que deixa o seu controle para favorecer a nova ordem mundial. Não se supõe, atualmente, um Estado que vise uma política fechada que não se vislumbre o mercado global, o que justifica a atuação de atores particulares como grandes protagonistas desse novo cenário.

Ocorre que os direitos humanos, bem como sua efetivação, não estão alheios a esse cenário, muito pelo contrário, se mostram cada vez mais evidentes e em discussão, motivo pelo qual propõe-se analisar sua abordagem e concretização nessa nova ordem.

Antes, porém, traçam-se algumas considerações acerca dos direitos humanos que se julga relevantes para embasar a proposta.

2 DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

O considerado moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às grandes violações de direitos humanos da era Hitler e a crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção de cunho internacional de direitos humanos existisse (BUERGENTHAL, 1988, p. 17).

Explica Cançado Trindade (1991, p. 5) que,

Na fase legislativa, de elaboração dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, os mecanismos de implementação simplesmente não teriam, com toda a probabilidade, sido estabelecidos, se não se tivesse superado, gradativamente e com êxito, a objeção com base no chamado domínio reservado dos Estados. Este fator fez-se acompanhar dos graduais reconhecimento e cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos, paralelamente a gradual atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.

Logo, a internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do momento pós-guerra, significando resposta às barbáries e atrocidades ocorridas durante o período nazista, ou seja, refletem uma construção de cunho axiológico, a partir de um espaço simbólico e ações de natureza social. (NISTLER, 2016, p. 10)

Ainda, os direitos humanos, no que tange ao seu processo de internacionalização, que pressupõe a delimitação da chamada soberania estatal, passa a ser uma relevante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, perante o repúdio de cunho internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Nesse sentido, observa Celso Lafer (1988, p. 24):

Configurou-se como primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar como Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz.

Nesse cenário, importa citar o Tribunal de Nuremberg, em 1945–1946, que significou um impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ao final da segunda guerra, por óbvio, após intensos debates acerca do modo pelo qual se poderia responsabilizar os alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do respectivo período, os aliados chegaram a um consenso, com o que intitularam de Acordo de Londres de 1945, pelo qual houve convocação de um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra (PIOVESAN, 2015, p. 198).

Em Nuremberg, o Tribunal firmou seu entendimento no sentido de que a Alemanha havia violado o direito costumeiro internacional que veda ‘crimes contra a humanidade’ e, pela primeira vez julgou um Estado responsável em esfera internacional, tanto legal quanto politicamente, pelas barbáries cometidas dentro do seu território, com seu próprio povo.

Ademais, importante lembrar que Nuremberg foi estabelecido no Direito Internacional quando a Assembleia Geral da ONU, de forma unânime aprovou a Carta de Nuremberg, o que, claro, incluiu

o princípio de ‘crimes contra a humanidade’, sendo possível concluir que o significado de Nuremberg se deu de forma dupla, visto que não apenas firmou o entendimento da imprescindível limitação da soberania nacional, como reconheceu que os seres humanos têm seus direitos protegidos pelo direito internacional.

Os direitos humanos, a partir de então, se tornam uma oficial preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, ante a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, no ano de 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período intitulado pós-guerra, os indivíduos se tornam foco de atenção internacional. A estrutura contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na seara internacional (CLAUDE, 1989, p. 4–5).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada aos 10 dias do mês de dezembro de 1948, em razão da aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções. Ela tem como objetivo delinear uma ordem pública mundial que esteja fundada no respeito à dignidade humana, à medida que consagra valores básicos universais. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, à medida que consagra um consenso acerca dos valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.

Antes, porém, mais precisamente no ano de 1945, fora introduzida uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional, ilustradas pela Carta das Nações Unidas e pelas suas organizações.

A propósito, a criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que inclusive, instaura um novo modelo de conduta nas relações de cunho internacional, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção de cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, entre outros objetivos, mas em especial a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 196).

No que tange à proteção internacional dos direitos humanos, cabe destacar três dos sistemas regionais de proteção, a citar: americano, europeu e africano.

A análise do sistema interamericano necessita que seja considerado o seu contexto histórico, assim como as peculiaridades regionais, pois se trata de uma região marcada por alto grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracia em fase de consolidação. A propósito, a região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, que possuem uma cultura de violência e de impunidade, sem contar a baixa densidade do Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. Ou seja, dois períodos, de fato, demarcam o contexto intitulado latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período de transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares, na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil (PIOVESAN, 2015, p. 137).

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se trata de um dos sistemas de natureza regional mais consolidado mundo, sendo inclusive formado por diversos documentos de ordem

internacional, sendo eles, em ordem cronológica, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San Jose (1969); Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (1988); Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências (1999) e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados (1994).

Sem prejuízo dos demais documentos e organizações de proteção interamericana de direitos humanos, é preciso destacar o instrumento que é considerado o de maior importância no respectivo sistema, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em San José, no ano de 1969, embora tenha entrado em vigor somente em 1978.

A relevância atribuída se dá principalmente, por representar o documento um recheado catálogo de direitos civis e políticos, ao citar entre outros direitos, o direito à garantias judiciais, preservação da honra e dignidade, liberdade de consciência e religião, pensamento e expressão, assim como a obrigação dos Estados-partes em respeitar os direitos nele previstos.

No que tange ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos, é necessária a compreensão do contexto no qual ele surgiu, qual seja, um cenário de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, caracterizado pela busca da integração e da cooperação dos países

da Europa Ocidental, bem como de consolidação, fortalecimento e expansão do que possuía como valores, dentre eles e especialmente a proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 113).

Incidindo no respectivo sistema, imperioso se faz destacar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa, em 05 de maio de 1949, após a Segunda Guerra Mundial, tendo como objetivo exclusivo unificar a Europa.

O caderno de direitos da Convenção Europeia compreende, em especial, os direitos civis e políticos, tendo como inspiração o ideal de ordem liberal e individualista, que expressam os valores dominantes e consensuais da Europa Ocidental.

No intuito de monitorar os direitos nela consagrados, a Convenção Europeia, em seu texto original, instituiu três órgãos distintos: a) um considerado semi judicial, a Comissão Europeia de Direitos Humanos; b) um judicial, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e; c) um “diplomático”, o Comitê de Ministros (do Conselho de Europa). A função principal da Comissão Europeia de Direitos Humanos era analisar as queixas ou comunicações interestatais, bem assim dos indivíduos (ONGs ou grupos de indivíduos), acerca da violação da Convenção. Outras funções também competiam à Comissão, como decidir sobre a admissibilidade das petições, propor soluções amigáveis quando apropriado, ordenar medidas preliminares de proteção (equivalentes às medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos), enviar os casos à Corte Europeia ou dirigir seus relatórios ao Comitê de Ministros do Conselho de Europa (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 126).

O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos, por sua vez, pode ser considerado o mais recente dos sistemas regionais

aqui estudados, visto que emergiu na década de 80 e embora já demonstre conquistas de duas décadas se encontra em pleno e nítido procedimento de construção e consolidação.

A propósito, a hodierna história do sistema africano narra, acima de tudo, o cunho singular e a notória complexidade do respectivo continente, a luta pela descolonização, pela autodeterminação dos povos pelo respeito à diversidade cultural, demonstrando ainda o grande desafio de enfrentar sérias violações de direitos humanos.

A Carta Africana tem características únicas se comparada com os demais instrumentos de proteção dos direitos humanos. A Carta reconhece não apenas os mais universalmente aceitos direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais. [...] Ineditamente, no mesmo documento, além da previsão de direitos civis e políticos são reconhecidos direitos econômicos e sociais. [...] Em relevante decisão, no caso *Serac vs. Nigéria* (2001), a Comissão entendeu que a Carta deveria ser interpretada também no sentido de assegurar os direitos à moradia e a alimentação (HEYNS, 1995, p. 4).

No ano de 1981, em respostas às pressões no campo dos direitos humanos exercidas interna e internacionalmente, os chefes dos Estados africanos adotaram a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e estabeleceram uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, para promover, proteger, bem como interpretar as previsões de direitos humanos que foram consagrados na respectiva Carta (PIOVESAN, 2015, p. 232-233).

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi adotada em Banjul, Gâmbia, pela então Organização da Unidade Africana (*Organization of African Union*), hoje chamada de União

Africana³, entrando em vigor em 1986 (nos moldes do artigo 63 da Carta), contando, desde 1995, com a ampla adesão dos 53 (cinquenta e três) Estados africanos (PIOVESAN, 2015, p. 233).

Pois bem, feitas algumas considerações acerca dos direitos humanos, em especial no que tange à sua abordagem pelos principais sistemas regionais internacionais de proteção, passa-se a análise da efetivação desses direitos na nova ordem mundial, descrita na seção anterior.

Contudo, não antes de registrar os ensinamentos de Norberto Bobbio no sentido de que o problema grave do nosso tempo, é a proteção dos direitos humanos e não mais, ou apenas, a sua fundamentação (BOBBIO, 1992, p. 25), como se pensou um dia.

3 A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM UM NOVO CENÁRIO

No que tange ao comércio internacional, há pouco objetivou-se uma organização que complementasse as anteriores, e cuja criação foi tentada durante a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Emprego, que teve lugar em Cuba, entre 1947 e 1948. O produto final dessa Conferência, também denominada “Carta de Havana”, previa, efetivamente, a criação da Organização Internacional do Comércio – OIC, a qual nunca vingou estabelecer-se efetivamente, em razão da oposição do Congresso dos Estados Unidos da América – EUA, que tinha a organização como uma afronta às suas pretensões comerciais notoriamente globais, todavia, o conteúdo da Carta de Havana referente à política comercial foi retomado, subscrevendo-se o *General Agreement*

3 Perceba que o sistema regional africano foi desenvolvido no âmbito da Organização da Unidade Africana, estabelecida em 1963, que foi transformada em 2001 na União Africana.

on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), o chamado GATT, em 30.10.1947, instrumento que regeu o comércio internacional entre 1948 e 1994, dentro de um olhar relativamente liberal, até a vinda da Organização Mundial do Comércio – OMC, que iniciou suas atividades em de 01 de janeiro de 1995 (CRETELLA NETO, 2013, p. 73).

Exemplos como esses demonstram acontecimentos decorrentes dessa nova ordem mundial e a profunda alteração de bases legitimadores, uma vez que nos dias de hoje, a OMC e a Corte de Arbitragem – mantida pela Câmara do Comercio Internacional, por exemplo, tendo como aliadas outras instituições, da mesma natureza, qual seja, puramente privada, estabelecem as diretrizes para a atividade econômica empresarial no mundo inteiro.

Outro exemplo são os episódios relacionados com a administração transnacional do futebol profissional executada pela Federação Internacional de Futebol Associado – FIFA. Após o estrondoso sucesso do desporto em níveis planetários, arrecadação surreal de valores financeiros e concentração intensa de poder nas mãos de alguns dirigentes, o que se observou, a partir de 2010, foi um processo de questionamento das decisões e pressões por melhores condições de trabalho e organização profissional advindas de jogadores, dirigentes dos clubes e torcedores. Manifestações feitas por expedientes originários e diretos, sem interpostas pessoas, em espaços tipicamente transnacionais. Algo, no mínimo, de cunho inaugural e que mobilizou pessoas além dos territórios soberanos de outrora (STAFFEN, 2015, p. 73).

Em síntese apertada, verifica-se a existência de instrumentos de participação e informação em sentido vertical, mas sobretudo, em linhas horizontais de *accountability* global. Não por acaso vislumbra-se, inclusive, reclames de participação e informação nos assuntos nacionais

impulsionados por locuções proferidas em cenários transnacionais, criando uma democracia cosmopolita (ARCHIBUGI, 2008).

Nesse ínterim e indo ao encontro do núcleo deste ensaio, não por acaso, defende Stefano Rodotà, um *network individualism*, no qual o homem abstrato se torna um homem concreto, não mais em um Estado de Direito, mas sim no que chama de espaços de direitos, nos quais a soberania dos Estados migra para os humanos (RODOTÀ, 2012).

O autor faz um nítido apelo à imprescindibilidade de se reconhecer direitos humanos e encontrar meios de protegê-los através de uma democracia integral, contra as vias do império mercantil que se desenvolveram fora das instituições democráticas sacrificando princípios fundamentais, tais como a igualdade, o qual deve ser repensado e colocado ao centro das atenções que se deseja perseguir.

Ou seja, o Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem (ARNAUD, 2007, p. 3) e aqui cabe lembrar o que diz Parag Khanna (2011, p. 13) acerca do atual cenário global: “tecnologia e dinheiro, e não soberania, determinam quem tem autoridade e dá as ordens”.

O atual contexto mostra que existem cerca de duzentos países no mundo que mantêm frequente e intensas relações entre si, aproximadamente cem mil empresas multinacionais que negociam de forma constante com governos e entre si, e no mínimo cinquenta mil Organizações Não Governamentais Transnacionais que trocam ideias sobre leis e tratados internacionais e intervêm em zonas de conflitos para prestar assistência a regimes e povos que estejam necessitados. Todos esses atores, frise-se, conquistaram autoridade – com o uso de dinheiro e/ou tecnologia - tudo para se tornarem influentes.

Com isso, o desafio de governar o mundo se funde em contextos

que perpassam por alianças militares como a OTAN; instituições de cunho intergovernamental como a ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins; organismos regionais, a citar o Conselho Europeu; agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de língua portuguesa); ordenamento quase políticos, como a União Europeia, o Mercosul, a UNASUL; *summit* (G-20, G-8, BRICS), entre outras milhares de ONG's, além de, já contabilizados, mais de 2.000 regimes reguladores, número que tende a multiplicar-se (STAFFEN, 2015, p.23-26).

Um exemplo a ser citado e que representa hipótese de grande envergadura, é o sistema de regulamentação e regulação da internet, tendo em vista que ela foi criada pelas forças armadas dos EUA e agora é completamente controlada por uma única empresa, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que faz registros de nomes de domínios e endereço de IP e é composta e financiada por entes privados, ou seja, exerce funções públicas que acabam atingindo todo o globo de forma indistinta.

Mais uma vez os ensinamentos de Parag Khanna fazem sentido, pois explica o autor que não haverá um Leviatã universal, um parlamento global de toda a humanidade ou hegemonia americana. No lugar disso, o que nos espera é um mundo fraturado, fragmentado, ingovernável, multipolar e não polar.

No entanto, pondera o autor, para quem está sentado numa das torres de vidro das Nações Unidas no *East Side* de Nova York, o mundo talvez pareça bem arrumado. Há conselhos de segurança e direitos humanos, comissões de desenvolvimento social e construção da paz, uma divisão para mulheres, um programa para o meio ambiente, uma

organização para cuidar da saúde global. Qualquer que seja o assunto que se pense a ONU o cobre. Mas como pode uma organização que toma conta de países com fronteiras resolver os problemas em um mundo sem fronteiras? A propósito, as pandemias são questões de saúde, questões de segurança ou as duas coisas? O terrorismo se trata de uma questão política, de cunho econômico, ou os dois? E o que dizer acerca da infestação de insetos que destrói a produção agrícola em enormes altitudes por causa do aquecimento global – quem deveria estar cuidando disso, a ONU para a Agricultura e Alimentação (FAO) ou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)? Ou o governo?

Ocorre que muitas medidas de entes privados, como os acima citados, têm surtido mais efeitos para a população do que as advindas dos governos e de alguns órgãos de proteção internacional clássicos.

Nos 24 países mais pobres da África subsaariana, a organização Médicos Sem Fronteiras trata milhões de jovens infectados pela Aids, enquanto alimenta crianças desnutridas e restitui a saúde de refugiados. Juntos, poderes relevantes e poderosos atores privados administram desesperançados países pós-coloniais em tudo, menos formalmente. A tensão agora perpetua entre a construção da legitimidade pública e a necessidade de fornecer expeditamente segurança, alimento, eletricidade, saúde e educação – coisas que empresas e ONG's geralmente fazem melhor do que governos – deu origem a um novo tipo de Estado Soberano híbrido, no qual o governo não é necessariamente o ator mais influente em seu próprio território, sendo que mesmo após a crise financeira, ONG's, por exemplo, têm mergulhado mais fundo no bolso de cidadãos do mundo todo para levantar fundos e, continuam a prosperar, fornecendo redes de providência social mais rápido, a custos mais baixos e de melhor qualidade do que muitos governos (KHANNA,

2011, p. 30-31).

A propósito mesmo que ainda se tenha registros de expedientes atentatórios à sociedade e seus direitos mínimos por atores particulares, na maioria das oportunidades com adesão dos Estados, não se pode negar o amadurecimento de novos agentes em confrontação com as fontes tradicionais de violação. Como comprovação citem-se os compromissos dos Estados exportadores de *commodities*, impostos por atores globais, com a redução de seus riscos alimentares internos, sob pena de não-comercialização de seus produtos; a atuação do *World Business Councilfor Sustainable Development* perante governos, organizações internacionais e organizações não-governamentais para promoção de políticas de desenvolvimento sustentável ou; no caso do genocídio em Ruanda, quando houve intervenção efetiva de empresa atuante no ramo de rede de hotéis, responsável pela salvação de mais de 1.200 *tutsis* e *hutus*⁴, abrigando-os no hotel.

Tais demandas são consequências de um tempo no qual tudo se expande no global e encolhe no local, tão transformado e em constantes mudanças é imprescindível o apelo aos direitos elementares, entre os quais poderíamos citar os humanos.

Necessário dizer que esse contexto também pode ser palco da conversão de direitos humanos em privilégio de apenas determinados indivíduos se não houver efetiva inserção dos direitos humanos nos espaços de direito global. A inclusão destes direitos na pauta da globalização jurídica e, em seus fluxos, é condição de generalização dos direitos humanos ou como dito por Rodota, *omnização* do humano (STAFFEN, 2015, p.85).

4 Distinguem-se em Ruanda os dois maiores grupos étnicos do país: a maioria *hutu* e o grupo minoritário, *tutsi*.

No entanto, não é tão simples. Não basta que apenas que os direitos humanos sejam positivados em *rule of law* ou que apresentem preceitos de internacionalização, afinal tais ações já foram efetuadas, mas com sucesso restrito, principalmente na segunda fase (STAFFEN, 2015, p.85).

É imprescindível que além destas características sejam acrescentadas práticas de generalização e de especificação, modo no qual o humano é visto em sua situação concreta, fática e real (CRUZ; STELZER, 2009, p. 186 ss).

Faz-se necessário transcender completamente a doutrina de universalismo moral, apontada por Habermas (HABERMAS, 2001, p. 137), sob pena de anulação das consequências da emancipação e do empoderamento do indivíduo ou, então, os direitos humanos serão manipulados como objeto ideológico derivado da cepa nacionalista (STAFFEN, 2015; GRUBBA, 2015).

Neste cenário necessário se faz refletir sobre o devir dos direitos humanos, sua titularidade e efetividade na contemporaneidade, pois como leciona Cassese não há sentido na manutenção espacial do ideal de Direitos Humanos apenas nos territórios estatais ou, dos tratados internacionais vinculados originalmente aos Estados (CASSESE, 2012, p. 24).

Ao arremate, é preciso anotar que o desenvolvimento sustentável, combate à pobreza, erradicação da fome, fim do trabalho escravo, políticas de saúde pública, promoção da paz e outros diversos exemplos podem ser utilizados para demonstrar ações nas quais atores transnacionais/globais se inserem na tentativa de fazer efetivo o ideal de direitos elementares dos seres humanos.

CONCLUSÃO

Existem diversas organizações de natureza privada que circulam pelo globo sem qualquer dependência, autorização ou controle de qualquer ente estatal. É o caso, de exemplos como a já citada Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara internacional de Comércio (ICC), que criam e aplicam suas próprias normas de modo autônomo com o intuito central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, aliás, de instituição parceira para diversos organismos, tanto nacionais, quanto internacionais, conforme se verifica com a ONU e com a citada OMC (CASSESE, 2013, p. 19).

Em se tratando de um caminho sem volta, este ensaio propôs analisar a efetivação dos direitos humanos nesse novo cenário e em vias de conclusão é possível afirmar que vários atores de natureza privada têm se mostrado muito mais eficientes na concretização de direitos elementares do que o Estado e ao que tudo indica os sistemas regionais de proteção, sem prejuízo da sua importância histórica nesse contexto de proteção dos direitos humanos, tão recente para o mundo.

O que se verifica é que também em assunto de direitos humanos o Estado já não é o ator mais influente em seu território, uma vez que instituições privadas têm demonstrado atuação muito mais rápida e eficaz na efetivação de direitos humanos do que ele próprio, e, frise-se, isso tem ocorrido sem qualquer tipo de autorização ou mesmo formalização.

Assim, sem prejuízo de episódios de violação dos respectivos direitos, é preciso reconhecer que o fato de uma instituição privada tratar milhões de pessoas infectadas pelo diagnóstico da AIDS, na África, assim como uma empresa privada salvar milhões de pessoas

no genocídio de Ruanda, entre tantos outros exemplos dessa natureza, se mostram expedientes eficazes e certos no que tange à efetivação de direitos humanos, posturas que não se viu dos Estados [quicá dos sistemas regionais de proteção], que sem prejuízo da sua importância nessa luta, reitera-se, além de não ser mais o Senhor do seu território, talvez não seja mais o protagonista na efetivação do instituto de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARCHIBUGI, Daniele. **The Global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMANN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. v. 3.

CASSESE, Antônio. **Chi governa il mondo?** Bolonga: II Mulino, 2013.

CASSESE, Antônio. **I diritti umani oggi.** 3. ed. Tradução livre. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (Ed.). **Human rights in the world community: issues and action.** Trad. Flavia Piovesan. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo.** Florianópolis: Disciplina Legal, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito, e Estado no século XXI.** Itajaí. Editora da UNIVALI, 2011.

GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HEYNS, Cristof. African human rights law and the European Convention. **South African Journal on Human Rights**, Braamfontein, v. 11, pt. 2, p. 4, 1995.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LAFER, Celso. Prefácio ao livro. In: LINDGREN, J.A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo, Fundação Alexandre Gusmão / Perspectiva, 1995. p. xxi.

MACHIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NISTLER, Regiane. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: algumas aproximações e diferenças. **Revista Saberes da Amazônia**, Porto Velho, v. 1, n. 3, p. 74-93, set-dez. 2016.

OLIVIERO. Maurizio; CRUZ. Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Transnacional. In ROSA. Alexandre Moraes da. STAFFEN. Marcio Ricardo (Org.). **Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: Univali, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Tradução livre. Roma-Bari: Laterza, 2012.

SANTOS. Boaventura de Sousa (org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Buenos Aires: katzeditores, 2010.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMAZ. Roberto Epifânio. **Constitucionalismo em Mutação**. Ponta Grossa: Nova Letra, 2013.

Como citar: GRUBBA, Leilane Serratine; NISTLER, Regiane. Globalização, transnacionalismo e a efetivação de direitos humanos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.134-161, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p134. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 24/04/2017

Aprovado em: 06/12/2017

**UMA OBRA E VÁRIOS AUTORES:
O DIREITO AUTORAL E AS “FAN-
FICTIONALS” NA CULTURA DA
CONVERGÊNCIA**

**A WORK AND VARIOUS AUTHORS:
COPYRIGHT AND “FAN-FICTIONALS” IN
THE CULTURE OF CONVERGENCE**

**Jordana Siteneski do Amaral*
Salette Oro Boff****

* Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Direito em 2017 pela Faculdade Meridional (IMED). Email: jo.siteneski@hotmail.com

** Pós-Doutora em Direito em 2008 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito em 2005 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito em 2000 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público em 1998 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Graduada em Direito em 1992 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Email: salete.oro.boff@gmail.com

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “*fan-fictionals*” na cultura da convergência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p162. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente artigo versa sobre os Direitos Autorais inseridos no contexto da “cultura da convergência”, analisando em específico, o caso das *fan-fictionals*. O fenômeno da convergência está com o surgimento de novas ferramentas de comunicação, de informação e a popularização da web. Um dos reflexos deste fenômeno é a cultura participativa, pois as *fan-fictionals* são narrativas criadas pelos fãs com base em livros, filmes ou outras narrativas pré-existentes, que possuem papel importante no letramento e na participação da produção cultural das sociedades. Contudo, essa prática

tem gerado embates, como no caso americano, em que os grandes estúdios passaram a proibir as *fan-fictionals*, sob argumento de violação de direitos autorais. A partir disso, pode-se observar que os Direitos Autorais, dependendo da forma como são concebidos, podem desempenhar tanto um papel de proteção e estímulo às criações intelectuais, quanto representar um óbice à participação, fortalecendo os grandes grupos do entretenimento.

Palavras-Chave: Direito autoral. *Fan-fictional*. Cultura da convergência. Liberdade de expressão.

Abstract: This paper dives into the subject of Copyright law, specifically in the context of “culture of convergence”, in order to analyze the genre of “fan fictionals”. Convergence is a phenomenon that is the result of growing technological advances in the areas of communication, information and the Internet’s popularization. A reflection of this era is our participatory culture, since fan fictionals are narratives created by fans and based on books, films or other pre-existing narratives that play an important role in the literacy and participation of a society’s cultural production. However, this genre has generated disputes – e.g. United States of America, where studios are banning it, under the pretext of copyright infringement. In light of this, Copyright can be seen in two ways, which varies depending on how they were

conceived: through a protective lens, which represents an obstacle for participation, evidently strengthening entertainment groups or a creative lens that stimulates new creations.

Keywords: Copyright. Fan-fictional. Culture of convergence. Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho versa sobre os direitos autorais inseridos em um contexto permeado por novas tendências e fenômenos envolvendo as mídias e o cenário da comunicação em escala global. Uma dessas tendências aponta para a transformação nos centros de produção dos bens simbólicos e culturais da sociedade, de maneira que os papéis exercidos entre um produtor e um receptor, está sendo reformulada, passando o receptor a ser visto além de uma figura somente passiva.

Este fenômeno denomina-se “cultura da convergência” e está relacionado, em sua origem, com o surgimento de novas ferramentas de comunicação, informação e a popularização da web. Possui três pontos principais: convergência dos meios de comunicação; a cultura participativa e a inteligência coletiva.

A análise deste artigo aborda o segundo reflexo em específico, a “cultura participativa”, considerando que as tecnologias propiciaram um aumento nas possibilidades participação dos indivíduos na produção cultural que une enquanto sociedade. Nesse contexto, há que se questionar como os Direitos Autorais são percebidos e se subsistirão a estas transformações. Partindo deste questionamento, e analisando o caso das *fan-fictionals* em específico, o presente estudo vale-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográficas em fontes secundárias.

A abordagem será dividida em três partes. Na primeira, o objetivo é realizar uma contextualização histórica dos direitos autorais, uma vez que seu surgimento está relacionado com a própria evolução da tecnologia, como se verá. No segundo item, o objetivo é compreender o conceito da *fan-fictional* e a sua importância na sociedade atual. No terceiro item, analisar-se como ela está sendo vista sob o aspecto dos

direitos autorais, sobretudo no caso americano. Ao final, abre-se espaço para as considerações finais, de maneira a elucidar os resultados obtidos com a pesquisa, esclarecendo seus limites e possibilidades.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS DO DIREITO AUTORAL

O ser humano é em sua essência, um ser criativo, capaz de expressar e exteriorizar suas ideias por meio de suas criações. Destarte, a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade. Se não houver uma base de criatividade, a produção não pode reclamar a proteção do Direito de Autor (ASCENSÃO, 1997, p. 3).

Presentes em todas as atividades criativas, nas manifestações artísticas, culturais, científicas e publicitárias, os Direitos Autorais constituem um ramo da ciência jurídica, que desde seu surgimento, geram controvérsias e precisam lidar com as dificuldades oriundas da imaterialidade de seu objeto: a propriedade intelectual (GANDELMAN, 2001, p. 28).

Em que pese a atividade criativa seja praticada desde os primórdios da humanidade¹, a previsão jurídica da proteção do autor é algo recente na civilização. Os primeiros marcos regulatórios reportam ao contexto Europeu na Idade Moderna (ZANINI, 2015, p. 27).

Isto se deve ao fato de que na Antiguidade e em parte da Idade Média, as obras literárias e a comunicação eram realizadas em um primeiro momento, através da oralidade, dos gestos, e expressões corporais, passando depois para a escrita. Contudo, a reprodução da obra escrita era feita de forma manual, através dos “copistas” que eram

1 “O poder criativo do homem acompanha a sua evolução. Na antiguidade, constatavam-se as mais diversas formas de manifestação, sem, entretanto, ter formas de garantia dos direitos dos criadores. Acentua-se o maior reconhecimento das atividades intelectuais a partir da Idade Média” (PIRES; BOFF, 2011, p. 93)

pagos para fazerem esta tarefa. Os autores, nada recebiam, pois a ideia que se tinha era que os copistas, como criadores artísticos deveriam ser remunerados (GANDELMAN, 2001, p. 28-29).

Com o advento da Era Moderna um fato que teve muita importância para o desenvolvimento dos direitos autorais foi o surgimento da imprensa, juntamente com a Revolução Industrial, os quais impulsionaram o mercado e a facilidade de publicação e divulgação das obras (PIRES; BOFF, 2011, p. 94). Antes do desenvolvimento da prensa, toda a produção de livros era centrada na figura dos “monges copistas”², onde a única forma de reprodução era por meio de cópias manuscritas (THOMPSON, 2005, p. 56).

O desenvolvimento da prensa levou ao controle sobre a reprodução da obra que era centralizado na figura dos copistas foi mitigado. Em razão da rapidez, facilidade da impressão, e disseminação das obras, cresceu também um número maior de incidência de plágios e contrafação (ZANINI, 2015, p. 42). Os reflexos do advento da imprensa repercutiram na sociedade de diversas maneiras, ensejando uma verdadeira transformação no substrato social, com uma reestruturação nas bases de produção de bens simbólicos e conseqüentemente, das próprias estruturas de poder (THOMPSON, 2005, p. 56).

Os primórdios de uma legislação sobre direitos autorais remete à Grã-Bretanha de 1710. Considera-se como primeira proteção legal do Direito de Autor o Estatuto da Rainha Ana, oriundo do Parlamento inglês. O Estatuto reconhece os direitos de cópia do autor, dando origem ao termo *copyright* que é utilizado até os dias de hoje. O autor assume o papel de proprietário do seu trabalho criativo, dispondo sobre a utilização do

2 Para maior aprofundamento, veja-se “A evolução histórica do Direito de Autor”, de Cristiane Epple et al. (2011, p. 9).

direito patrimonial de sua obra, por um período de 21 anos e determinando que as cópias da obra, nesse lapso temporal, deveriam ser autorizadas pelo criador por meio de contrato (EPPE et al., 2011, p. 18).

Portanto, a gênese dos direitos autorais encontram-se em duas “tradições”, surgidos na Inglaterra com o instituto do *copyright*, e o *droit d’auteur* francês, ligados ao desenvolvimento da impressão, de seu controle por parte do Estado e do surgimento do comércio de livros. Neste sentido, o objetivo principal do *copyright* não era necessariamente proteger os direitos do autor, mas sim de “regular o comércio do livro”, e destituir com um monopólio firmado (MONCAU, 2015, p. 46).

Percebe-se também, que o surgimento dos direitos autorais estão ligados ao início da censura, as lutas pela liberdade de imprensa³ e a própria liberdade de expressão. Em 1643 o Parlamento Inglês editou um Ato em que e regulava a impressão de documentos, panfletos e livros, e desta forma, restringia as impressões. Como resposta, John Milton em 1644 escreve seu famoso panfleto, intitulado “Areopagitica” em defesa da liberdade de impressão e de expressão. Os chamados “*Licensing Acts*” eram editados pelo Parlamento e caracterizavam-se por atos que restringiam a atividade de impressão, que à época, era iminente uma ferramenta para o exercício da liberdade de expressão (LIMA, 2012).

Na origem francesa, os direitos autorais estão relacionados com o contexto pós-Revolução de 1789, em que destacam-se dois decretos importantes para o direito autoral: o Decreto 13-19 de janeiro de 1791, que reconheceu o direito dos dramaturgos de exploração sobre a representação de seus trabalhos; e o Decreto de 19-34 de julho de 1793 que reconheceu o direito de reprodução sobre a prioridade literária, musical e artística

3 Liberdade de imprensa significa em sua gênese, “liberdade de imprimir”. Neste sentido, se está fazendo referência ao direito de impressão, que não se confunde com a liberdade de expressão. Para mais informações, ver Lima (2012).

(ZANINI, 2015, p. 54).

Importante observar aqui, que o direito de autor e o copyright, em que pese sejam muitas vezes tratados como institutos semelhantes possuem divergências. Segundo Gandelman (2001, p. 32-33), o *droit d'auteur* francês enfoca também os aspectos morais do direito do autor, ou seja, o ineditismo, a paternidade, à integridade da sua obra que não pode ser modificada sem a sua expressa anuência. Mesmo que ele ceda estes direitos a outrem, estes direitos continuam sendo inalienáveis e irrenunciáveis. Esta proteção se estende por toda a vida do autor e depois de sua morte, quando se transferem os direitos para seus herdeiros e sucessores legais.

Há diferenciação de ambos regimes. A fundamentação dos direitos autorais pode ser jusnaturalista, para a qual o direito de autor é um direito natural; ou utilitarista, na qual os monopólios de exploração econômica pelos criadores estimulariam em tese, a criatividade podem ser benéficos à sociedade. Contudo, ambos os regimes foram acolhidos de maneira que se desenvolveu um “hibridismo” nas legislações destas doutrinas. Assim, as doutrinas inglesa e francesa enveredaram-se por caminhos diferentes, fazendo com que os sistemas regulatórios desenvolvessem divergências entre si. Atualmente, com a tendência de harmonização dos sistemas com os sistemas internacionais de proteção, essas diferenças passam a ser menores (MONCAU, 2015, p. 59).

O direito autoral passa a estruturar a proteção jurídica da matéria prima da comunicação entre seres humanos. Essas características oriundas do direito Francês e Inglês influenciaram a formatação do direito autoral nos dias atuais, abrangendo as obras literárias ou artísticas, por exemplo, pintores, escritores, dramaturgos, compositores, escultores e trabalhos profissionais, como criações publicitárias, projetos de arquitetura e outros

e programas de computador (GANDELMAN, 2001, p. 32-33).

A Lei de Direitos Autorais (LDA) nº 9.610/1998 reservou proteção ao instituto dos *direitos conexos*, no art. 89, que são os direitos titulados pelos intérpretes, (atores, cantores, regentes, instrumentistas), produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão (COELHO, 2012, p. 290). Esta proteção ao intérprete e executante guarda relação com a ideia de que aqueles também seriam criadores intelectuais, de sorte que, deveria ter uma série de direitos protegidos tal como o autor (ASCENSÃO, 1997, p. 463).

Do mesmo modo, a Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998), concebe o direito autoral além de um direito de personalidade. Admite a existência do direito moral (pessoal) e o patrimonial. O primeiro garante ao criador o controle à menção de seu nome da divulgação de sua obra e consequentemente o direito a que esta seja mantida íntegra e não seja alterada salvo seu consentimento, além de resguardar o direito de tirá-la de circulação. E o direito patrimonial busca regular as relações jurídicas da utilização econômica das obras intelectuais. 1) não se protege a ideia, mas somente a forma pela qual ela é exteriorizada; 2) à obra sempre se liga um suporte físico, do qual, no entanto é independente como objeto de direito; 3) os direitos patrimoniais do autor são temporários, enquanto que os morais se eternizam; 4) os direitos do autor nascem do ato de criação e independem de qualquer registro ou formalidade.

O objeto do direito autoral é proteger as obras intelectuais por sua originalidade (no que tange a sua forma externa, também chamado de *corpus mechanicum*) ou sua criatividade (referente à sua forma interna, ao *corpus mysticum*) (GANDELMAN, 2001, p. 38). E, devido à vinculação da obra ao seu autor, o direito autoral possui características lhes são inerentes, que compreendem a sua “irrencunciabilidade,

extrapatrimonialidade, intransmissibilidade *inter vivos* e *causa mortis*, a perpetuidade, o caráter absoluto e a inexpropriabilidade” (ZANINI, 2015, p. 261).

Logo, o sujeito do direito autoral é o próprio autor ou o titular de autoria de obra intelectual, sendo que, o objeto deste direito de autor é “a proteção jurídica legal da própria obra criada e fixada em qualquer suporte físico, ou veículo material.” (GANDELMAN, 2001, p. 38). Portanto, os direitos de autor nascem com a criação e independem de registro, mas a ideia para ser protegida deve ser exteriorizada e fixada em um suporte, do qual, no entanto é independente como objeto de direito. Os direitos patrimoniais do autor são temporários, enquanto que os morais se estendem por prazo indeterminado.

2 A PARTICIPAÇÃO DOS FÃS NA CULTURA: O *FAN-FICTIONAL*

De uma maneira ampla, pode-se caracterizar o *fan-fictional* como uma produção construída pelos fãs sobre suas obras favoritas. Suas origens remontam a década de 1960, no contexto da explosão da cultura pop americana (SOUZA, 2014, p. 46).

Valendo-se das narrativas midiáticas e ícones da cultura pop preferidos, os fãs tecem as suas próprias histórias e narrativas. Muitas vezes, eles aumentam o enredo, imaginam situações paralelas, criam novos personagens e relações entre os mesmos. Embora, como se disse, esta forma de narrativa exista desde a década de 1960 em versões impressas, foi com as novas tecnologias de comunicação e informação, das mídias digitais e cada vez mais interativas, que elas se expandiram e se consolidaram. Neste sentido, estas ferramentas tecnológicas ofereceram espaços que funcionavam como fóruns de discussão e troca de opiniões,

e essencialmente, era um local para troca de *fan-fictions* (BLACK, 2006, p. 172).

As *fanfics* são resultado das possibilidades oriundas das novas ferramentas e tecnologias, pois elas oferecem novos recursos aos fãs, que por sua vez criam novas narrativas. Estas narrativas podem beber de uma única fonte, ou de várias delas as misturando (CAVALCANTI, 2010, p. 6).

Em sua origem elas estão inseridas no contexto dos *fandoms* (domínio dos fãs), isto é, articulações dos fãs em torno de produtos artísticos em comum, que geram outros produtos artísticos. Inicialmente, as *fan-fictions* eram associadas sobretudo a narrativas escritas pelos fãs do gênero ficção científica. Neste contexto, destacam-se as produções sobre a série *Star Trek*. No final da década de 1970, com franquias como *Indiana Jones* e *Star Wars*, e seriados televisivos como *Dr. Who?* Impulsionaram as *fan-fictions*. Logo, atualmente a *fan-fiction* não está necessariamente relacionada com obras literárias, mas com diversas formas de produção cultural, que podem ser livros, filmes, games, seriados, quadrinhos e artistas (CAVALCANTI, 2010, p. 3).

No Brasil, um dos sites mais famosos de publicações de *fan-fictions* é “Nyah.com.br”, que tem uma ferramenta bastante interessante. O site disponibiliza “aulas de língua portuguesa” para os autores, uma vez que cada um é responsável pela correção e revisão de seus respectivos escritos publicados (CAVALCANTI, 2010, p. 6).

Normalmente, quem escreve as *fanfictions* não almeja o lucro e comercialização, pois tratar-se de uma atividade eminentemente de declaração e homenagem a obra original. São fruto da criatividade de várias pessoas ao redor do globo, e possuem uma série de implicações que reservam reflexões (CAVALCANTI, 2010). Elas consistem em

“um apelo constante à integração de elemento de obras variadas e à participação do leitor”. Não obstante, elas configuram uma nova forma de contar histórias, onde jovens criam novas identidades para si mesmos e personagens das histórias já existentes, e “retratam valores da sociedade em que se inserem” (CAVALCANTI, 2010, p. 15).

É o diálogo estabelecido entre leitores e autores, atrelados ao caráter veloz dos fluxos de troca de informação na internet “traz novas possibilidades para o aprendizado e letramento.” (SOUZA, 2014, p. 3). Com efeito, a comunicação e interatividade que acontece com as *fanfics* têm uma importância no processo de letramento, pois o mesmo não é algo estanque e individualizado.

Zappone (2008, p. 32), analisando a *fanfic* no contexto do ciberespaço, argumenta que ela remete um universo ficcional no qual figuram atores tal como numa narrativa, como no suporte impresso. Destarte, ao trazer um universo ficcional, uma *fanfic* situa-se como uma narrativa literária, uma vez que trata-se uma de “história ou fábula”, que sintetiza ou representa situações fáticas ou que permeiam o “imaginário coletivo das comunidades do ciberespaço”.

De forma semelhante com Souza (2014) e Henry Jenkins (2008), Zappone (2008, p. 33) considera que as *fan-fictions* constituem um dos “objetos a partir dos quais se podem efetuar práticas de letramento literário.” Neste sentido, como propôs a autora, o letramento literário vai além dos limites da escola, de maneira que passa a ser realizado em diferentes espaços.

Agora que já se compreendeu o conceito da *fan-fictional*, e a importância que esta forma de narrativa vem representando no contexto atual, passa-se a esboçar como a emergência deste fenômeno vem repercutindo nas relações entre produtores e “consumidores” de conteúdo,

bem como as questões atinentes aos direitos autorais, sob a égide da “cultura da convergência”.

3 OS DIREITOS AUTORAIS E AS *FAN-FICTIONS* NA “CULTURA DA CONVERGÊNCIA”

As novas possibilidades surgidas com as TICs causam várias implicações na proteção dos direitos autorais. Uma delas, é que as divergências entre os regimes de *copyright* e *droit d’auteur* apenas se renovaram e intensificaram ao longo do tempo. As convenções da OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) que não constam com a ampla adesão mundial parecem ter colocado a Organização e seus tratados em segundo plano. Esse “esvaziamento” da OMPI, atrelado a questionamentos técnicos e jurídicos sobre os rumos a serem tomados pelos direitos autorais na época das novas tecnologias atreladas às novas ferramentas, recursos e possibilidades, com discussões sobre o suporte material – ou midiático – da obra (ZANINI, 2015, p. 82). Não obstante, observa-se um aumento no acesso as redes digitais e a nova configuração na distribuição dos bens intelectuais. Neste sentido, chama-se a atenção para uma chave neste processo: *participação*.

Diante deste cenário, passa-se a analisar as questões dos direitos autorais, com especial enfoque ao caso das *fan-fictions*, na perspectiva de uma tendência observada nas mídias, que está transformando a relação entre produtores e consumidores de conteúdo. Este fenômeno tem como condutor, dois fatores: o surgimento de tecnologias de informação e que possibilitaram uma maior participação das pessoas na produção de conteúdo; e uma nova configuração tecnológica em que estes conteúdos transitam em diferentes suportes midiáticos.

A convergência de mídias, refere-se à difusão de diferentes conteúdos pelos diferentes sistemas e suportes de mídias, que depende da participação ativa dos “consumidores” de mídia. A convergência como a tendência observada nos meios de comunicação em que os fluxos de produção de conteúdo não acontecem mais em uma perspectiva unidirecional e nem sobre um tipo de plataforma somente:

Por convergência, refiro-me ao fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e ao comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação que vão em busca das experiências de entretenimento que desejam (JENKINS, 2009, p. 29).

Em outras palavras, a convergência permite que uma pessoa possa acessar um mesmo conteúdo de informação, por meio de diferentes suportes midiáticos, com as devidas adaptações necessárias, afim de melhor explorar as potencialidades e recursos disponibilizados por determinado suporte de mídia.

Na convergência, a circulação de conteúdos depende de forma substancial, da participação dos consumidores. Com efeito, a compreensão sobre o processo de convergência tecnológica, vai muito além da ideia de que ela deve ser compreendida somente como um processo tecnológico, em que um aparelho reúne múltiplas e diversificadas funções (JENKINS, 2009).

Opera-se uma transformação de ordem cultural e sociológica, na medida em que a convergência deve ser visualizada como “um fenômeno com transformações e implicações sociológicas, culturais e mercadológicas”. Pois a convergência não acontece nos dispositivos eletrônicos, por mais sofisticados que sejam ela acontece no “cérebro

dos consumidores individuais” e nas suas interações sociais, na medida em que ocorre uma transformação cultural, visto que os “consumidores” são incentivados a pesquisar informações pelas conexões realizadas entre conteúdos de mídia dispersos (JENKINS, 2009, p. 29-30).

A convergência representa uma “quebra de paradigma” no cenário comunicacional, pois se antes com a revolução digital pensava-se que as “novas mídias” iriam substituir as “antigas mídias”, na convergência o que se visualiza é justamente a interação entre as “novas e velhas” mídias, ao invés de substituição. E se na década de 1990, viu-se emergir o fenômeno da “revolução digital”, hoje sem dúvida o fenômeno da convergência tomou as rédeas da comunicação (JENKINS, 2009, p. 29-31).

Esta tendência emergente na comunicação vai necessariamente refletir na forma como se lida com a comunicação. A começar pelas próprias indústrias de mídia, na qual a convergência pode representar uma oportunidade para os conglomerados de mídias se expandirem ainda mais, uma vez que os conteúdos que tiverem uma boa aceitação pelo público podem migrar para outros suportes.

Por outro lado, considerando que cada vez mais os receptores (ou “consumidores”) deixam a passividade para tornarem-se participantes que interagem dos processos de produção de conteúdo, Jenkins (2009, p. 29-30) visualiza uma nova possibilidade de participação das pessoas nas mídias como um dos reflexos deste fenômeno da convergência tecnológica. Com efeito, a uma “cultura da convergência”, em que estas transformações operam-se em meio a três conceitos distintos: convergência dos meios de comunicação, a cultura participativa e a inteligência coletiva.

Com cultura participativa, está-se diante de uma outra

perspectiva em relação aos meios de comunicação e sobre a noção de passividade da audiência. A ideia consolidada sobre “consumidores e produtores” de mídia como ocupantes de papéis estratificados, deve ser revista. Deve-se considerar os consumidores como participantes que interagem através de um novo conjunto de regras, os quais ainda não se conhece perfeitamente. Contudo, a participação das pessoas *não existe de maneira igualitária, pois alguns participantes ainda exercem maior poder que outros*. Da mesma forma, alguns “consumidores”, possuem mais habilidades para participarem que outros (JENKINS, 2009, p. 30).

As TICs possibilitaram o fenômeno da convergência tecnológica, ao permitir uma comunicação e troca de informação mais rápida, bem como realizar múltiplas funções em um mesmo aparelho. Por meio de sistemas de compatibilidade e interoperabilidade, as pessoas podem fazer downloads, assistir filmes, ler livros e comparecer à eventos em lugares remotos, tudo em um único aparelho e simultaneamente.

Desse modo, a convergência destes meios impacta na “forma como consumimos estes meios”. Os fãs de um seriado, filme ou romance podem fazer capturas de diálogos no vídeo, fazer resenhas e resumos, discutir em fóruns e chats sobre aquela série, criar e divulgar seus próprios filmes na internet, e escrever *fan-fictions*. Logo, esta nova apresentação do cenário dos meios de comunicação também impacta no próprio padrão de propriedade dos meios de comunicação. Se antes, por exemplo, o foco de Hollywood era somente o cinema, os conglomerados de mídia têm interesse em uma indústria inteira do entretenimento. Neste contexto da ‘cultura da convergência’ observa Jenkins (2009, p. 44) sobre o mundo do entretenimento e da literatura que eles cresceram “se fantasiando de *Darth Vader* no *Halloween*, dormindo nos lençóis da Princesa Leia, lutando com sabres de luz feitos de plástico e brincado com bonequinhos

de *Boba Fett*.” E o mesmo se deu com a *Guerra nas Estrelas* que se tornou a “lenda” deles, e agora eles estão determinados a reescrevê-la a seu modo.

A paixão, o encanto e fascinação dos fãs pelos universos em que eles submergem fez com que eles fossem os primeiros a se adaptarem às novas tecnologias de mídia. Esta fascinação dos fãs, muitas vezes “inspira novas formas de produção cultural”, que vão de figurinos à *fanzines* e, mais recentemente, ao cinema digital e a literatura criada pelos fãs. Os apreciadores de uma série passam a reivindicar para si, um papel criativo, querendo tornar-se “participante pleno” do processo. A web potencializou este processo, na medida em que confere maior amplitude de visibilidade da cultura, atuando como principal canal de distribuição desta produção de “cultura amadora”. A transformação midiática está reafirmando o “direito que as pessoas comuns têm de contribuir ativamente com a sua cultura”. Quando os consumidores assumem um papel de controle nas mídias, dá-se espaço para o desenvolvimento de uma “nova cultura vernácula”, representa para o autor, algo que incentiva a ampla participação, a criatividade e uma economia baseada em trocas e presentes (JENKINS, 2009, p. 188-189).

Neste contexto, é importante diferenciar interatividade de participação, pois as mesmas não se confundem. A interatividade diz respeito à forma como as novas tecnologias são desenvolvidas para permitirem o feedback do consumidor. Logo, pode-se imaginar diferentes tipos e graus de interatividade conforme o tipo de tecnologia de informação empregado. Por exemplo, a televisão que permite que o televidente troque de canal, e um videogame onde o usuário pode interferir no próprio universo e desenrolar do enredo. As restrições da interatividade são de ordem tecnológica, pois são definidas pelo designer

e os recursos que este disponibiliza à plataforma (JENKINS, 2009, p. 190).

Já a participação é “moldada pelos protocolos sociais e culturais”. Por exemplo, o quanto se pode conversar dentro de uma sala de cinema é algo que é definido muito mais pelos limites de tolerância estabelecidos pelas plateias em seus respectivos contextos sociais e culturais, do que por alguma propriedade inerente ao cinema em si. A participação é “mais ilimitada, menos controlada pelos produtores de mídia e mais controlada pelos consumidores de mídia.” (JENKINS, 2009, p. 190).

Mostra desse fenômeno é a cultura e os produtos de mídia que acabam sendo “transformados” pelos fãs, por meio de uma participação coletiva, como no caso da famosa franquia *Star Wars*. Em um primeiro momento, *Hollywood* buscou proibir as *fan-fictions* que se valessem do universo como palco para serem escritas, almejando reafirmar os direitos de propriedade intelectual. Em um segundo momento, vendou os olhos para as narrativas, fingindo não existirem, ao mesmo tempo em que promoveram trabalhos em vídeos dos fãs, mas limitaram o tipo de filme que os mesmos poderiam fazer (JENKINS, 2009, p. 191).

A Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital reescreveu a Lei dos Direitos Autorais dos EUA de modo a abarcar as exigências e pressões dos produtores dos meios de comunicação de massa, em que ele aponta uma série de reflexos desta postura adota pela lei. Mostra-se extremante autoritária, e foi na contramão do fornecimento de incentivos econômicos aos artistas individuais resguardando-os para agrega-los os conglomerados já consolidados. Também, acolheu a ideia de que os direitos autorais devem perdurar por tempo ilimitado, em detrimento da construção de uma “cultura pública” (JENKINS, 2009, p. 194).

Reconhecendo que, talvez um dos maiores “burladores” de direitos autorais foi *Walt Disney*, e também um lobista da propriedade intelectual, como esclareceu Jorge Machado (2008, p. 5), interessante observar as palavras de Lawrence Lessig (2002) segundo o qual diante do *lobby* da indústria do entretenimento, a lei foi escrita para que “ninguém mais pudesse fazer o que a *Disney* fez com os irmãos Grimm”.

Os lobbies das indústrias e corporações foram gradativamente “endurecendo” as leis de direitos autorais. Nesse caso americano, em 1998, o *lobby* feito pela *Walt Disney* para evitar que o personagem Mickey Mouse caísse em domínio público, conseguiu que o prazo de duração dos direitos autorais fosse aumentado de 70 para 90 anos, pelo *Sonny Bono Act*. (MONCAU, 2015, p. 64).

Os estúdios, em uma tentativa de salvaguardar estes direitos autorais, começaram a emitir notificações aos fãs e criadores amadores para que estes os retirassem da internet. Pertinentes as considerações de Jenkins (2009, p. 196), para quem as indústrias desejam que as pessoas “olhem sem tocar”, que “comprem sem usar os conteúdos de mídia”. Nesta relação paradoxal, entre os consumidores e produtores de conteúdo, o fã realiza agregando valor a propriedade intelectual não pode ser reconhecido publicamente, caso o estúdio queira resguardar na totalidade e tão somente para si o valor daquela propriedade.

Outro exemplo deste embate, pode ser observado em dois conflitos envolvendo a saga Harry Potter, da escritora J.K. Rowling. No primeiro conflito, houve uma movimentação dos setores conservadores religiosos de direita que tentaram tirar a saga de circulação. O outro conflito, guarda relação com os direitos autorais. A *Warner Bros* tentou controlar as “apropriações” dos fãs dos livros da saga, alegando que as mesmas tratavam-se de violações à propriedade intelectual do estúdio

(JENKINS, 2009, p.235).

Neste contexto, é possível observar que ambas as tentativas conduzem à “luta pelo letramento⁴”, no sentido de que ambas são, em seu cerne, uma luta sobre “os direitos que se tem sobre ler e escrever a respeito de mitos culturais essenciais”. Ambas ameaçavam o direito de pessoas de participarem do universo de *Harry Potter*: a primeira pela leitura, a outra pela escrita. Na perspectiva jurídica, a primeira constitui um ato de censura; a outra o exercício de direitos autorais.

O que se seguiu foi que o estúdio, ao adquirir os direitos da obra literária para filmagem, em 2001, começou a procurar em sites possíveis violações de direitos autorais e os retirava do ar até que se avaliasse o que o site estava fazendo com a franquia (JENKINS, 2009, p. 263).

Na lei americana, até o momento, não se sabe se a *fan-fiction* se enquadraria na proteção legal do *fair use*⁵ (uso aceitável), porque a lei de direitos autorais não possui uma categoria que verse sobre a expressão criativa amadora. Na definição de *fair use*, onde deveria ter um fator de “interesse público”, o autor observa que a lei trouxe sim um avanço, mas ele não a ponto de atingir um “direito público generalizado à participação cultural”. Sobre a lei americana, Jenkins (2009, p. 263) expõe que necessita de uma revisão, considerando as novas tecnologias

4 Jenkins (2009, p. 263) refere-se como letramento, como sendo uma condição que difere da alfabetização somente, pois o primeiro implica em uma aptidão para lidar com diferentes materiais impressos. Dentro do contexto da “cultura da convergência”, implica também em manuseio de outras mídias, de maneira que ele fala em “letramento midiático”, como uma forma de letramento que abarque as mídias digitais e tecnologicamente convergentes.

5 A doutrina do *fair use* - “uso aceitável” ou “uso justo” - refere-se a um instituto da lei de direitos autorais americana que prevê algumas exceções para a exclusividade da utilização pelo detentor dos direitos autorais de um material protegido pela lei. Neste sentido, para propósitos “limitados” e “transformadores” como paródias, críticas e comentários, estes podem ser realizados sem a anuência do detentor dos direitos, não configurando violação. Estas exceções são feitas com base em quatro critérios: 1) propósito e o caráter do uso; 2) A natureza do trabalho protegido por direitos autorais; 3. o montante do trabalho que será usado em relação a todo o trabalho protegido por direitos autorais; e 4) O efeito que o uso teria no mercado ou o valor do trabalho protegido por direitos autorais. (CALIFORNIA STATE UNIVERSITY, 2012, p. 2).

“que ampliam o espaço de quem pode produzir e circular materiais culturais.” Segundo o autor “os juízes sabem o que fazer com pessoas que têm interesses profissionais na produção e distribuição da cultura; mas não sabem o que fazer com amadores, ou pessoas quem eles consideram amadoras”.

Percebe-se que os esforços dos grandes conglomerados de mídia, têm se focado no combate à pirataria, em detrimento de assuntos complexos como a *fan-fiction*. Como consequência, os fãs são seguidamente vistos como “piratas”, que “roubam” dos estúdios e não lhes oferecem nada em troca.

Na opinião de Jenkins (2009, p. 264), no contexto americano, a melhor forma de tratar sobre o assunto, seria reescrever a lei de *fair use*, dando legitimidade à circulação de narrativas alternativas criadas pelos fãs, produzidos sem fins lucrativos. Não se está negando o direito das empresas de resguardarem contra a usurpação de empresas comerciais concorrentes. Mas se está buscando assegurar o direito de participação das pessoas na construção da cultura. Nesse cenário, os fãs estão em desvantagem, porque a maioria não tem conhecimento de seus direitos, e se os conhecem não possuem tantos recursos legais para se defenderem.

Nos sistemas que originaram do direito continental europeu, como o caso brasileiro, não existe a previsão de *fair use*. Porém, a LDA adotou alguns institutos que funcionam de forma semelhante, através de limitações e exceções ao direito de autor. Um exemplo é o princípio da dicotomia “ideia-expressão”, que postula que somente as expressões de uma ideia através de um suporte são protegidas pelo direito autoral. As ideias somente, enquanto não expressadas, não possuem proteção. Tal princípio encontra fundamento legal nos artigos 7º, caput, e 8º, inciso I da LDA na esfera nacional; e no plano internacional no artigo 9º, item

2 do Acordo TRIPS (MONCAU, 2015, p. 74-75).

A partir destas observações, parece certo que fenômenos sociais, tecnológicos e mercadológicos trazem consigo, uma necessidade de se repensar as formas de tutelar institutos como a propriedade intelectual, neste caso, mais precisamente, os direitos autorais, de maneira à atender uma nova apresentação da realidade. Com efeito, estas saídas precisam ter inerentemente junto à si, a responsabilidade de balancear a participação no desenvolvimento da cultura, da liberdade de expressão e informação, atrelada à proteção da propriedade intelectual.

Embora este não seja o escopo principal desta análise, cabe observar mesmo com o avanço da “participação” na produção da obra, isto não necessariamente implica em uma verdadeira “democratização” na participação. Assim, não há paridade nos fluxos de informação, uma vez existem barreias econômicas, sociais, tecnológicas e de conhecimento na utilização e acesso a estes recursos e ferramentas. Ademais, toda esta “indústria da cultura” e midiática encontra-se em altíssimo grau de concentração ao redor do globo.⁶

Para Moncau (2015, p. 84) os institutos de direitos autorais podem tanto contribuir para concentração da produção de bens culturais em conglomerados, quanto desestimular este processo “de maneira a interferir no livre debate de ideias, provocando distorções no mercado de comunicação e afetando por consequência, o valor-fim da autoderminação democrática que serve de como fundamento da garantia à livre expressão”.

Existe uma relação entre a liberdade de expressão e os direitos autorais, de maneira as vezes, estes podem entrar em colisão. O autor

⁶ Neste sentido, pode-se citar Jenkins (2009); Manuel Castells (2006); UNESCO (1980); Ayuda (2012); e Comparato (1994), apenas para ilustrar.

constrói uma ideia “mais abrangente” para a liberdade de expressão. Ela deve ser compreendida como um “direito que nos dá a prerrogativa de atuar sobre os símbolos e conceitos que nos rodeiam, transformando a ressignificando o caldo cultural que nos une.”. Com efeito, os direitos autorais podem representar um estímulo à liberdade de expressão, ou como “um óbice ao acessos aos insumos de que um diálogo aberto depende” (MONCAU, 2015, p. 121).

Haveria uma disparidade entre a liberdade de expressão dos indivíduos e das corporações. Explicando, o que pode acontecer é que os “grandes grupos” é que poderiam ser os detentores dos direitos, pois teriam maior facilidade em adquiri-los e impedir seu uso (negando permissões de uso e cobrando preços altos para licenciamento das obras). Enquanto isto, produtores independentes teriam menores oportunidades de se expressar a partir do caldo cultural já existente, eis que diante das dificuldades em adquirir esses direitos autorais (MONCAU, 2015, p. 87).

Nesta seara, consegue-se observar uma convergência entre Moncau (2015) e Jenkins (2008), no sentido de que, dependendo da forma como os direitos autorais são edificados, eles podem favorecer os grandes grupos em detrimento de outras pessoas.

Outros autores como Zanini (2015, p. 84) por outro lado, observam que diante de mobilizações que pregam o “livre e amplo acesso à cultura e ao conhecimento”, no qual os direitos autorais passam a ser vistos como “entraves” a difusão da cultura e do conhecimento. Para o autor, esta bandeira do “amplo e livre acesso” ao bens intelectuais é discutível e precisa ser analisada com cautela, na medida em que a sua substituição gratuita poderia ter como efeito rebote, a diminuição da produção intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com a proteção dos direitos de autor amplia-se com evolução nos meios técnicos de reprodução. A popularização da prensa de tipos móveis pode ser vista como um marco histórico de vital importância. Viu-se aperfeiçoamento das tecnologias de informação e comunicação, bem como o surgimento e expansão das redes de internet. Destarte, o Direito Autoral também precisa caminhar na direção dos avanços tecnológicos para trazer respostas jurídicas a nova apresentação da realidade.

Uma tendência observada na sociedade aponta para uma convergência tecnológica e possibilita uma maior participação do público. Com efeito, vem-se observando na sociedade uma reformulação nas relações estabelecidas entre os receptores e os produtores de conteúdos de mídia. Estas relações são reconfiguradas na medida em que os receptores possuem mais ferramentas e possibilidades de participação no processo de produção dos bens culturais e simbólicos. Neste contexto, observa-se a emergência de um fenômeno que tem dimensões sociais, culturais e tecnológicas nomeado por alguns teóricos como “cultura da convergência”.

Atentando para esta forma de relacionamento que surge a partir desta nova realidade, buscou-se analisar os Direitos Autorais sob a égide desta tendência observada, como na “cultura participativa”, o caso das *fan-fictionals*, sobretudo no contexto americano.

As *fanfics*, como se viu, são obras de ficção escritas pelos fãs de um determinado filme, livro, videogame ou artista que se popularizam internet e desempenham um papel importante no letramento – “tradicional” e “midiático” - dos jovens, bem como no estímulo à leitura

e à escrita e representam uma forma de participação na construção da cultura.

Essa prática é renegada pela grande indústria do entretenimento, que entende existir ofensa de direitos autorais a prática da escrita e compartilhamento das *fan-fictionals*. No contexto americano, os grandes estúdios passaram a coibir e reprimir esta prática, visando a proteção desses direitos.

Entretanto, o que se percebe é que a ideia de uma efetiva participação na produção também é relativa, uma vez que se reconhece que não existe igualdade no acesso aos meios de produção de bens simbólicos. Existem barreiras sociais, tecnológicas e de conhecimento ainda a serem rompidas, para se falar em uma “democratização da participação”. Outrossim, há uma configuração monopólicia da indústria do entretenimento. Neste sentido, os Direitos Autorais podem ser tanto uma ferramenta para contribuir com a participação dos sujeitos na construção de sua cultura, considerando-se o “uso justo” da obra, sem fins lucrativos, como um processo criativo e transformador; ou atuar de forma contrária, fortalecendo e privilegiando os “grandes grupos”.

Diante de um cenário que apresenta maiores possibilidades de participação, ao que tudo indica, faz-se necessário pensar em uma forma de equalizar a proteção dos Direitos Autorais, sem que se crie um óbice à participação popular no acesso e na construção da cultura. Os autores podem considerar a participação dos fãs como uma forma de prestígio e de divulgação de suas obras. Esse uso deverá sempre indicar a obra original, não interferir na exploração econômica dos direitos patrimoniais do autor, ao contrário constituir-se em meio de estimular a socialização da obra.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

AYUDA, Fernando Galindo. Democracia, Internet Y Gobernanza: uma concreción. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, 2012.

BLACK, Rebecca W. **Language, culture, and identity in online fanfiction**. Irvine, USA: University of California, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p33>>. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

CALIFORNIA STATE UNIVERSITY. Office of General Consuel the. **Handbook of Copyright and Fair Use**. 2012. Disponível em: <<https://www.calstate.edu/gc/Docs/CopyrightManual.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

CAVALCANTI, Larissa. Leitura nos gêneros digitais: abordando as *fanfics*. In: SIMPÓSIO HIPERTEXTO E TECNOLOGIAS NA EDUCAÇÃO, 3., Recife, 2010. **Anais...** Disponível em: <<http://nehte.com.br/simposio/anais/Anais-Hipertexto-2010/Larissa-Cavalcanti.pdf>> Acesso em: 1 jun. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas e direito autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

COMPARATO, Fábio Konder. Nótula sobre o Direito à Comunicação Social. In: CAVALCANTI FILHO, José (Org.). **Informação e poder**. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação de Cultura Cidade do

Recife, 1994. p. 67.

EPPLE, Cristiane et al. A evolução histórica do direito de Autor. In: REIS, Jorge Renato et al. (Org.). **Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Multideia, 2011.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

LESSIG, Lawrence. **Free culture**. 2002. Disponível em: <<http://archive.oreilly.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

LIMA, Venício A. **Liberdade de expressão x liberdade da imprensa: direito à comunicação e democracia**. 2. ed. São Paulo: Publisher, 2012.

MACHADO, Jorge. Desconstruindo “propriedade intelectual”. **Observatório**, São Paulo, v. 4, p. 245-275, 2008. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiSvrquyujUAhVQlpAKHRqcBfAQFggjMAA&url=http%3A%2F%2Fobs.obercom.pt%2Findex.php%2Fobs%2Farticle%2Fdownload%2F92%2F139&usg=AFQjCNF-4Mq9Ar2wHHPdu4upJdOVuunWkg>> Acesso em: 1 jun. 2017.

PIRES, Eduardo; BOFF, Salette Oro. A função social do direito de Autor. In: REIS, Jorge Renato et al. (Org.). **Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Multideia, 2011. p. 105.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de expressão e direitos autorais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

SOUZA, Juliana Barros de. Fanfiction como recurso de letramento e cultura. **Revista Encontros de Vista**, Recife, n.14, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/4-20142.pdf>> Acesso em: 1 jun. 2017.

THOMPSON, Jonh B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

UNESCO. **Many voices, one world: towards a new more just and more efficient world information and communication order**. New York: United Nations Education, Scientific and Cultural Organization, 1980. Arquivo PDF disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000400/040066eb.pdf>> Acesso em: 23 de agosto de 2016.

ZANINI, Leandro Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAPPONE, Mirian H. Y. *Fanfics: um caso de letramento literário na cibercultura?* **Revista Letras de Hoje**, Porto Alegre, v.43. n. 2, 2008. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/view/4749/3578>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “*fan-fictionals*” na cultura da convergência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p162. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 16/07/2017

Aprovado em: 05/09/2017

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS *PUNITIVE DAMAGES*: CRITÉRIOS À APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

OBJECTIVE AND SUBJECTIVE REQUIREMENTS
OF PUNITIVE DAMAGES: CRITERIA FOR ITS
APPLICATION IN BRAZILIAN LAW

Alexandre Pereira Bonna*
Pastora do Socorro Teixeira Leal**

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Mestre em Direito em 2015 pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Graduado em Direito em 2012 pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Email: alexandrebonna@yahoo.com.br

** Doutora em Direito em 2001 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC - SP).
Mestre em Direito em 1998 pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Especialista em Direito Civil em 1997 pela Universidade da Amazônia (UNAMA).
Graduada em Direito em 1985 pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Email: pastoralear@uol.com.br

Como citar: BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p190. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Realiza pesquisa que parte do pressuposto de que os *punitive damages* têm cabimento no ordenamento jurídico brasileiro. Procura os requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages* na experiência jurídica norte-americana como base para auxiliar a prática jurídica brasileira. Traça o perfil de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos e no Brasil. Busca identificar elementos débeis na prática jurídica pátria. Reflete sobre o incremento na prevenção de danos (principal função dos *punitive damages*) que os requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*

podem provocar no caso brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. *Punitive damages*. Prevenção de danos. Requisitos dos *punitive damages*.

Abstract: This study bases itself on the assumption that “punitive damages” exist in the Brazilian legal system. For that reason, this paper investigates the objective and subjective requirements of punitive damages in the United States’ as a means for exploring its use in the Brazilian legal experience. Furthermore, this research examines the application of punitive damages in the United States and Brazil, seeking to identify problems in the Brazilian legal system. In conclusion, this body of work explores the use of damage prevention (primary function of punitive damages) and the objective and subjective requirements of “punitive damages” in Brazil.

Keywords: Civil responsibility. Punitive damages. Damage prevention. Requirements of punitive damages.

INTRODUÇÃO

Os *punitive damages* são uma categoria jurídica alocada no campo das funções da responsabilidade civil, especialmente na interface das funções preventiva e punitiva¹, visando a, por meio da fixação de um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar ou compensar o prejuízo sofrido, desestimular a conduta grave e danosa do ofensor.

A doutrina dos *punitive damages*, apesar de alguns autores vislumbrarem a sua origem no Código de Hammurabi (2000 anos A.C), na Bíblia² e no Direito Romano³, é no Direito Inglês que a expressão foi cunhada pela primeira vez no caso *Huckle v. Money*, em 1973, e no Direito norte-americano que se desenvolveu de forma mais aprofundada, a partir do século XX, em decorrência do crescimento demográfico e do incremento da industrialização.

A experiência norte-americana na aplicação dos *punitive damages* sofre influência do seu federalismo, marcado por intensa autonomia política, legislativa e administrativa dos Estados, fruto do processo de transformação de Confederação em Federação que culminou

1 São para esses danos, considerados mais graves por algumas características, que a função punitiva da responsabilidade civil se revela adequada, estabelecendo-se aqui o contraponto com a função reparatória, que atua voltada para o dano e não para a gravidade da conduta que o provocou. Assim, ganhou força a função punitiva da responsabilidade civil, visando a punir o agente que cometeu danos a partir de condutas altamente reprováveis. Dentre as várias justificativas para a aplicação da função punitiva a que mais se destaca é a de prevenção de danos, motivo pelo qual se afirma que ambas caminham juntas e cumprem escopos reciprocamente complementares, de modo que o viés de punir por meio de valor indenizatório além do necessário para compensar o dano promove até certo ponto a dissuasão das condutas reprimidas, contribuindo para a sua cessação e não incidência.

2 “The doctrine of punitive damages has an ancient lineage. The Babylonian Hammurabi Code, Hindu Code of Manu, and the Bible, all contain precursors to the modern remedy of punitive damages.” (RUSTAD; KOENIG, 1993, p. 1285, tradução nossa): “A doutrina dos *punitive damages* tem origem antiga. O Código de Hammurabi, O Código Hindu de Manu, e a Bíblia, todos contém elementos do *punitive damages*.”

3 “The laws of the XII Tables declared that whoever should do a personal injury to another should pay twenty-five asses, a considerable sum at the time. At a later time, however, when money abounded, this penalty became so insignificant that one Lucius Veratius used to amuse himself by striking those whom he met in the streets in the face, and then tendering them the legal amends, from a wallet which a slave carried after him for the purpose.” (RUSTAD; KOENIG, 1993, p. 1269, tradução nossa): “A lei das XII Tábuas declarava que quem causasse uma injúria a outrem deveria pagar uma soma significativa de dinheiro, que com o passar do tempo se tornou pouco relevante para pessoas com muitos bens em momentos de abundância. Foi o caso de Lucius Veratius, que usava o ‘preço do ilícito’ para se divertir atacando pessoas no rosto oferecendo em seguida o correlato pagamento.”

na formação dos Estados Unidos da América⁴, motivo pelo qual há 5 (cinco) Estados americanos que não adotam os *punitive damages* (Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire)⁵. Por conseguinte, o instituto dos *punitive damages* se apresentam de forma diversificada nos Estados norte-americanos que o utilizam, mesmo que substancialmente seja conceituado da mesma forma, como dispõe o § 908 do *Restatement of Torts*, elaborado pelo *American Law Institute*: “indenização que não a compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”⁶.

Assim, os *punitive damages* se tornam um mecanismo importante para enfraquecer e impedir a perpetração de danos reiterados, com crassa desconsideração aos direitos alheios, assim como serve de instrumento para corrigir a insuficiência das funções reparatória/compensatória⁷ da responsabilidade civil no tocante à prevenção de danos, uma vez que é

4 Importante sublinhar que mesmo antes da formação da Federação, as 13 (treze) colônias inglesas nos Estados Unidos já gozavam de forte independência em relação ao poder central: “as comunas, em geral, só são submetidas ao Estado quando se trata de um interesse que chamarei de social, isto é, que elas partilham com outras.” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 76).

5 “four states (Louisiana, Nebraska, Washington, and Massachusetts) supreme courts have declared that their common law of tort does not permit these punitive damages. A fifth state (New Hampshire) abolished modern punitives by statute.” (KRAUSS, 2007, p. 219-220).

6 Tradução livre da definição contida na dissertação de doutorado *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: mexico's case*: “But, what are punitive damages? The Restatement of torts define them as: ‘1) damages, other than compensatory or nominal damages, award against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.’” (VILLARREAL, 2009, p. 12).

7 A função mais tradicional da responsabilidade civil é a reparatória, consistente na fixação de um valor indenizatório capaz de reparar o dano da forma mais completa possível, na exata extensão do mesmo, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*, assegurando que a vítima seja recolocada no estado em que se encontrava antes do evento danoso, ou seja, em uma posição em que seus direitos estivessem inteiramente preservados, chamada de *status quo ante*. Dentro da função reparatória ainda existe a indenização por equivalente (geralmente em dinheiro) na hipótese de se tornar impossível ou muito difícil a indenização *in natura* com a reposição idêntica do bem, quando se abre a possibilidade de uma prestação equivalente. Por fim, diz-se que o dano moral é irreparável, tendo em vista que não pode ser objeto nem de reposição natural nem por equivalente, por impossibilidade absoluta de entregar coisa idêntica à vítima e/ou substituí-la por equivalente. É nesse espectro que surge a função compensatória, no intento de fundamentar uma reparação do dano, ainda que irreparável, mantendo-se filiada à função reparatória, uma vez que não deve ultrapassar o suficiente para compensar o dano moral sofrido.

limitada à exata extensão do dano⁸, medida esta que muitas vezes não promove resposta condizente com a gravidade da conduta do ofensor, especialmente quando os valores indenizatórios forem menores que os lucros obtidos com a conduta danosa.

Esta realidade de reiteração de danos e insuficiência do modelo de responsabilidade civil calcado apenas em uma visão reparatória/compensatória se acentua ao se deparar com danos que pela sua pequena monta desestimulam a vítima em buscar a respectiva tutela juízo. Esses chamados pequenos danos beneficiam os ofensores, porque uma pequena parcela representativa das vítimas buscará a reparação, e, uma vez que o *quantum debeatur* seja proporcional à extensão do dano, os réus pagarão menos por terem investido menos em segurança e em qualidade do produto, serviço e/ou condições de trabalho, já que o preço para um padrão ótimo de suas atividades é inferior aos valores indenizatórios arbitrados judicialmente.

Sob a ótica apenas individual dos danos, há uma espécie de apatia racional (*rational apathy*)⁹ daqueles que optam por não ingressar no Judiciário, porque ao comparar os custos com o resultado esperado do julgamento, consideram que não vale a pena contratar advogado, pagar custas processuais, se deslocar para audiências ou sofrer risco de sucumbência. É claro que esse aspecto pode sofrer substancial influência de características próprias de cada país, pois no Brasil o âmbito dos juizados especiais e o correlato *jus postulandi* pode atenuar sutilmente esse desgaste, embora não sane o problema, tendo em vista que muitos danos produzidos em larga escala são de pequena proporção, sutis e

8 O CC/2002 estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

9 Expressão cunhada por Louis T. Visscher (2009, p. 220) na obra “Economic analysis of punitive damages”.

quase insignificantes do ponto de vista individual, mas que considerados coletivamente representam conduta grave.

Contraditoriamente, os ofensores arcarão com menos por terem investido menos em suas atividades porque há danos que individualmente considerados são pífios e sob a ótica do custo-benefício envolvendo indenizações, despesas processuais e desgaste com a tramitação de um processo, tornam inviável o manejo de demanda. Como será visto no decorrer do presente artigo, a prática jurídica brasileira possui um viés individualista em se tratando dos *punitive damages*, ignorando que quando se está diante de danos em massa, a causa ganha dimensões coletivas e passam a ter relevância violações de direitos consideradas coletivamente, no campo das ações coletivas (MENDES, 2002, p. 31, 42).

Deste modo, Francis McGovern (2010, p. 452-453) acentua que “If a defendant is not obligated to pay for all the harm it causes, it will underinvest in safety” (se o réu não é obrigado a pagar por todo o mal que fez, ele vai investir menos em segurança), engendrando uma conclusão esdrúxula de que quem investe menos paga menos. Por consequência, quem arca com o prejuízo não suportado pelo ofensor é a sociedade (“society at large paid for them”).

Por este motivo existe um sólido fundamento econômico por trás da aplicação dos *punitive damages*, que lhe dá sustentáculo e legitimidade como instrumento de prevenção de danos e vai muito além de uma perspectiva unicamente punitiva. Isto porque os *punitive damages* possibilitam o desestímulo (*deterrence*) de condutas (VISSCHER, 2009, p. 219) pelo simples fato de promover a readequação de comportamentos a partir da internalização de altos custos por conta de indenizações fixadas para além do suficiente para compensar ou reparar os prejuízos, tornando a conduta danosa desvantajosa do ponto de vista

econômico: “esta lógica pode trazer como consequência a noção de que quanto mais cuidado menos danos, menos custos”¹⁰ (VISSCHER, 2009, p. 220, tradução nossa).

Este raciocínio econômico exige que o valor indenizatório seja alto o suficiente para que o ofensor internalize os danos que causou, o fazendo tomar o devido cuidado em sua atividade, trazendo como lição que é vantajoso manter um nível ótimo de qualidade e atendimento e arcar com menos indenizações (carregadas pelos *punitive damages*) ao invés de conservar um nível baixo de qualidade e ser obrigado a pagar altas indenizações (VISSCHER, 2009, p. 220).

Apesar da importante função a ser desempenhada pelos *punitive damages* quanto à punição e desestímulo de condutas indesejadas e graves e da inequívoca aplicação do instituto por tribunais e juízes em demandas judiciais no Brasil, surge a problemática a ser enfrentada pelo presente artigo: quais os requisitos subjetivos e objetivos que autorizam à incidência dos *punitive damages*? Esses requisitos existem e são reconhecidos na experiência de aplicação do instituto no Direito brasileiro? Em caso negativo, de que modo o a experiência brasileira pode aprimorar a aplicação dos *punitive damages* de modo a torna-la mais técnica, coerente, legítima e com arrimo teórico?

Essas questões são relevantes ante a possibilidade de a partir de um uso teoricamente adequado dos *punitive damages* se potencializar o propósito de coibir condutas gravosas e de promover a utilidade do instituto no plano pedagógico, tendo como ponto de partida o aperfeiçoamento dos *punitive damages*. Acentua-se a importância

10 “The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity. Taking more care and/or reducing the activity level can lower the probability of an accident and thereby the expected accident losses.”

do trabalho, visto que ao apresentar critérios para aferir o cabimento dos *punitive damages*, pode servir como farol e guia aos intérpretes do direito.

Para tanto, a pesquisa partirá do pressuposto de que os *punitive damages* tem cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, assim como mergulhará nos pressupostos desenvolvidos pela teoria e jurisprudência da prática dos *punitive damages* nos Estados Unidos, onde o instituto ganhou lapidação exponencial nas últimas décadas em especial por meio das decisões da Suprema Corte Americana, pelo que o estudo comparado pode permitir um diálogo profícuo com o direito brasileiro e possibilitar o suprimento de insuficiências teóricas do caso brasileiro.

1 DESENVOLVIMENTO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA DOS EUA: REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

1.1 Bases do desenvolvimento dos *punitive damages*: o papel do júri e a regra do *stare decisis*

Antes de adentrar nos requisitos subjetivos e objetivos dos *punitive damages*, inarredável esclarecer dois aspectos fundamentais do caso americano que constituem pilares para o entendimento dos pressupostos dos *punitive damages*: a participação do júri e a regra do *stare decisis*.

Um traço marcante dos *punitive damages* nos Estados Unidos é que o procedimento para a fixação dos *punitive damages* tem a

inarredável participação do júri, formado por cidadãos leigos de um determinado território que representam a sociedade. No Brasil, o júri julga apenas crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, da CF/1988).

Convém esclarecer que apesar da exclusividade do júri para julgar e estabelecer o montante dos *punitive damages*, todos os contornos desta decisão ficam sujeitos a posterior revisão judicial a partir de recursos: “o regime dos nossos *punitive damages*, em contraste, permanece permitindo ilimitada discricionariedade ao júri, estando sujeito ao reexame judicial apenas posteriormente.”¹¹ (PRIEST, 2003, p. 4).

Como o júri é composto de cidadãos leigos do ponto de vista do Direito, existe preocupação com a sua instrução pelo fato de a tomada de decisão lhe competir, de modo que a procedência ou não dos *punitive damages* é de sua total responsabilidade (PRIEST, 2003, p. 7-8). Primeiro, o júri deve apreciar se o réu é responsável pelos danos causados à vítima, para em seguida em caso de resposta positiva definir em que monta deve ser fixada a indenização compensatória em estrita harmonia com o efetivo dano sofrido. Portanto, “o júri enfrentará os *punitive damages* somente se o réu houver sido responsabilizado e os danos compensatórios fixados.”¹² (PRIEST, 2003, p. 8-9, tradução nossa).

A avaliação dos *punitive damages* pelo júri é delicadamente conduzida por perguntas específicas, justamente para suprir a falta de conhecimento jurídico dos seus componentes. Assim, a incidência

11 “our *punitive damages* regime, in contrast, remains committed to allowing the jury unlimited discretion to award any amount, subject only to subsequent judicial review.”

12 “The jury will reach the *punitive damages* issue only if it both finds defendant liable and awards the plaintiff some level of compensatory damages.”

ou não dos *punitive damages* é esclarecida em conformidade com as respostas do júri sobre os principais elementos objetivos e subjetivos que caracterizam uma conduta altamente reprovável. Por exemplo, o júri deve responder um questionário sobre se considera que a conduta do réu foi intencional, maliciosa, imprudente e/ou com total indiferença aos direitos de outrem, para o fim de averiguar se o réu, mesmo ciente das circunstâncias que importassem em danos para outras pessoas, prosseguiu com a atitude indiferente, omissiva ou comissivamente.

Em que pese a grande variedade de perguntas que possam ser feitas ao júri para identificar a incidência dos *punitive damages*, há uma espécie de tronco comum entre todas as exigências: “Apesar de haver algumas diferenças entre os estados, os termos mais usados como bases para os *punitive damages* são ‘imprudência’, ‘descaso’, ‘maldade’, ‘opressão’, ‘censurabilidade’, ‘comportamento ultrajante’”¹³ (PRIEST, 2003, p. 13, tradução nossa).

Quanto a regra do *stare decisis* no direito norte-americano, vale destacar que ela traz a ideia central segundo a qual juízes e tribunais são obrigados a seguir as decisões anteriores e não tumultuar o que já foi solucionado pelo Poder Judiciário, “exigindo do magistrado a mesma decisão para o mesmo problema a partir da vinculação à decisão mais antiga, ou seja, a que precedeu, o precedente”¹⁴ (DAINOW, 1996, p. 424, tradução nossa). Contudo, a utilização de precedentes na experiência da tradição *common law* não se revela como algo simplório e menos complexo do que a interpretação de leis, pois há cuidado exacerbado com os fatos da causa que formou o precedente, já que a vinculação da

13 “Although there are some differences across states, the terms most commonly used as bases for a punitive damages award are ‘recklessness’, ‘reckless disregard’, ‘maliciousness’, ‘oppression’, reprehensibility’, ‘egregious or outrageous behavior’”.

14 “[...] the same result had to be reached for the same problem [...] obliged to ‘follow’ the earlier decision, the precedent”.

decisão se refere apenas às razões de decidir (*ratio decidendi*). Nesse sentido:

Portanto, o sistema da common law, com a sua forma de análise caso a caso, [...] colocou um foco forte sobre os fatos e raciocínio em relação a esses fatos, assim como ao direito de cada precedente, uma vez que o estilo do julgamentos lida com a articulação detalhada dos casos que aparecem semelhante”¹⁵ (BANKOWSKI et al., 1997, p. 489, tradução nossa).

Essas razões de decidir são construídas com base nos fatos que envolvem a demanda, tornando vinculativo o entendimento jurídico esposado para outros casos com fatos similares (BANKOWSKI et al., 1997, p. 488-489). Ou seja, o foco na aplicação do precedente são os fatos considerados em toda a sua complexidade, o que implica no constante exercício de distinguir (*distinguish*) um caso atual com o anterior, podendo o juiz deixar de aplicar o precedente por não haver similaridade de fatos, assim como pode o juiz rever o entendimento manifestado na decisão precedente, por causa de transformações históricas, jurídicas ou de interpretação constitucional, estabelecendo nessa hipótese um novo precedente em um fenômeno denominado de “*overruling*” (DAINOW, 1996, p. 426).

A regra do *stare decisis*, baseada no respeito às decisões anteriores, se manifesta mais fortemente nos países de tradição common law, e possui como justificativa a necessidade de garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade por parte dos cidadãos de como se dará a aplicação das normas jurídicas (BANKOWSKI et al.,

15 “Thus, common law systems with their case-by-case way of arguing [...] put a particularly strong focus on the facts and the reasoning about facts and law in each precedent, since the style of the judgments deals with the detailed articulation of cases that appear similar”.

1997, p. 488), assim como também o valor de tratamento igualitário dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário a partir da uniformidade de decisões¹⁶, fortalecendo a técnica do precedente como um elemento central.

Outros valores sustentam o respeito às decisões anteriores na *common law*, tais como a economia de esforço pelo Poder Judiciário, que não precisará construir novamente uma decisão para um conjunto de fatos; o aumento da confiança nas relações privadas pela solidez dos desdobramentos jurídicos constantes em precedentes, além da atenuação da litigação aventureira, pois já se sabe com alto grau de confiabilidade o desfecho de determinada lide (BANKOWSKI et al., 1997, p. 490).

Em outros termos, é fundamental para a tradição jurídica da *common law* que a interpretação da lei seja uniforme e comum em todo o Estado, “garantindo a integridade do Estado como apoiador de um sistema legal único” (BANKOWSKI et al., 1997, p. 487, tradução nossa) de modo a fomentar a coerência de todo o ordenamento jurídico e a sua correlata aplicação, utilizando como instrumento a força vinculativa dos precedentes, tornando-os obrigatórios em casos semelhantes ou iguais (BANKOWSKI et al., 1997, p. 487).

No caso dos *punitive damages*, a Suprema Corte Americana tem construído os contornos dos *punitive damages* no tocante as características da conduta praticada, assim como quanto aos parâmetros para fixação do quantum indenizatório, já que se entende que “quando a indenização fixada for considerada abusiva, haverá violação da *Due*

¹⁶ Nesse sentido: “uniformity of law is an essential art of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law” (BANKOWSKI et al., 1997, p. 488, tradução nossa): “Assim, a uniformidade do direito é uma arte essencial de igualdade de tratamento dos casos essencialmente similares, ou seja, casos que se qualificam como semelhante ao abrigo de uma interpretação (estável) da lei”.

Process Clause of the Fourteenth Amendment, obtendo-se, então, o permissivo para o recurso à Suprema Corte Americana” (MORAES, 2009, p. 232-233). Acrescenta-se que o histórico de todos os nove casos já julgados pela Suprema Corte sobre punitive damages tinham alegações de violações também da 5ª e da 8ª Emenda Constitucional¹⁷: a primeira é considerada uma complementação da 14ª na formação do princípio do devido processo legal e a 8ª estabelece a proibição de condenações em penas excessivas¹⁸.

As referidas Emendas têm forte conteúdo principiológico e são de grande complexidade se interpretadas a fundo e em consonância com os precedentes dos tribunais, contudo, são pertinentes aos *punitive damages* na medida em que determinam que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (Emenda V e XIX), nem tampouco será compelido a pagar multas excessivas (Emenda VIII). Desta forma, o argumento jurídico para demonstrar o não cabimento dos punitive damages - além da utilização de provas que apontem para a inexistência de elementos objetivos e subjetivos e/ou de alegação pautada em precedentes anteriores – se baseia na afirmação de que o

17 Em estudo direcionado aos julgamentos realizados pela Suprema Corte norte-americana que envolveram *punitive damages*, Vanessa Burrows (2007, p. 2), após analisar caso a caso constata que “a indenização punitiva tem sido acusada de violar a oitava emenda relacionada a proibição de penas excessivas, assim como de violar a quinta e décima quarta Emendas Constitucionais, que juntas constituem a cláusula do devido processo legal.” (Tradução nossa).

18 “EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. [...] EMENDA VIII - Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns. [...] EMENDA XIV Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (UNITED STATES SENATE, 2014, tradução nossa).

valor da indenização que ultrapassa o suficiente para compensar o dano representa apropriação indevida (ilegal) de bens do réu pelo Estado ou pela vítima, sem observância do devido processo legal que sustente o referido montante, e, na defesa de que o valor fixado foi excessivo, o que por si só violaria o direito constitucional de não imposição de multas descomunais.

Portanto, a evolução dos *punitive damages* é marcada muito mais pelo desenvolvimento de decisões judiciais do que pela produção de textos legais, de modo que para que os *punitive damages* sejam aplicados na experiência norte-americana, o julgador (leia-se júri e por consequência o juiz que avaliará o entendimento do júri) deve respeitar algumas condições e estar atento para a presença de alguns elementos de ordem objetiva e subjetiva.

A base destes requisitos está no questionário que é entregue ao júri e fundamenta o seu julgamento, o qual possui certa uniformidade de conteúdo em diversos Estados que permitem a aplicação dos *punitive damages*. A lapidação desses pressupostos também é encontrada nos precedentes da Suprema Corte do país, que teve o importante papel de estabelecer parâmetros para a investigação do grau de censurabilidade da conduta do réu.

1.2 Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages* a partir do papel do júri e da doutrina

Quanto aos elementos objetivos, ou seja, aqueles que independem de qualquer vontade do réu, constata-se 1) o dano (*that plaintiff has suffered some harm*); 2) o nexo de causalidade (*that the defendant caused the harm to the plaintiff*) e 3) o ato ilícito extracontratual

(that, in causing the harm, the defendant violated some legal standard controlling conduct in the society) (PRIEST, 2003, p. 8-9), cabendo salientar que a incidência dos punitive damages em se tratando de atos ilícitos contratuais (*breachs of contract*) ainda é tema controvertido, uma vez que “a maior parte das jurisdições americanas não permite *punitive damages* por quebra de contrato, a menos que o descumprimento venha acompanhado também de um ilícito extracontratual.”¹⁹ (DODGE, 1999, p. 629, tradução nossa). Estes requisitos em geral se relacionam com os pilares da própria responsabilidade civil, de modo que os punitive damages só se tornam viáveis se antes o réu for declarado responsável pelos danos suportados pela vítima e seja atribuído a ele um montante a ser pago a título de *compensatory damages* (indenização compensatória/reparatória) (PRIEST, 2003, p. 9).

Cabe um parêntese quando ao requisito do dano, em que pese já ter sido explicitado em momento anterior do trabalho, na experiência norte-americana deve ser ressaltado que os “punitive damages” e os “nominal damages” se inserem no rol dos “non-compensatory damages”, pois ambos possuem o viés de atribuir obrigação de indenizar ao ofensor sem que esse valor indenizatório seja fixado apenas para reparar ou compensar o prejuízo, por isso são consideradas verbas “não compensatórias” (MENYHARD, 2009, p. 88).

Desta feita, o “nominal damages” foi desenvolvido enquanto categoria jurídica para simbolizar uma condenação em face de uma conduta censurada pelo ordenamento jurídico que por alguma razão não causou danos a ninguém. Por meio desse instrumento é possível o magistrado fixar valor indenizatório a título de “nominal damages”

¹⁹ “the majority of American jurisdictions do not allow punitive damages for breach of contract unless the breach constitutes an independent tort”.

com o objetivo de realçar que no caso houve lesão a um interesse juridicamente protegido.

Ao contrário do que possa parecer, o “nominal damages” fortalece o raciocínio de que um dos elementos dos punitive damages é a existência de dano, pois mesmo em casos onde não houve danos, o magistrado ainda sim precisa se valer desse mecanismo para fixar ao menos uma condenação simbólica, pois do contrário os punitive damages não seriam viabilizados: “praticamente todos os estados que permitem os punitive damages exigem que o dano seja demonstrado, nem que seja apenas um nominal damages”²⁰ (SEBOK, 2007, p. 171, tradução nossa).

Retomando o itinerário do julgamento realizado pelo júri, vêm então as questões relacionadas aos requisitos subjetivos, que apontam para perguntas sobre se o júri considera que o réu foi demasiadamente imprudente de modo a serem necessários os *punitive damages* para detê-lo de agir dessa maneira novamente, se agiu com extremo descaso e alto grau de desrespeito aos direitos, se seu comportamento foi arquitetado maliciosamente, dentre outras.²¹

Os requisitos subjetivos, ao contrário dos objetivos, não são cumulativos, e exigem, para que a conduta seja passível de punitive damages, a presença de apenas uma das hipóteses de cunho subjetivo descritas e explicadas adiante: *malicious*, *reckless disregard* e *gross negligence*.²²

A má-intenção (*malicious*), a imprudência (*reckless*) e a

20 “[...] virtually every state that permits punitive damages has maintained, however, that actual damage, even if only nominal, must be shown to merit an award of punitive damages.”

21 Como exemplo de pergunta ao júri: “Did the defendant behave with reckless disregard? [...] Do you think the defendant’s actions were a reckless level to justify punitive damages?” (PRIEST, 2003, p. 11, tradução nossa): “O réu agiu com imprudência grave? [...] Você acha que o nível da imprudência do réu justifica a aplicação dos *punitive damages*?”

22 Classificação adotada com base nos estudos de Alexander Volokh (1996) e Hastie, Schkade e Payne (2002).

negligência (*negligent*) constituem o tripé dos requisitos subjetivos. O ato malicioso, como requisito subjetivo, por si só basta para a incidência dos *punitive damages* enquanto que a imprudência e a negligência devem ser graves e desmedidas pela indiferença e descaso a tal ponto que a censurabilidade do comportamento seja mais alta do que um simples descuido (HASTIE; SCHKADE; PAYNE, 2002, p. 88).

A expressão “reckless disregard”, comumente utilizada para marcar os *punitive damages*, indica a imprudência (*reckless*) qualificada pela indiferença (*disregard*) com os direitos alheios, tornando a conduta mais censurável do que outras imprudentes, pelo simples fato de o réu ter agido com ou se mantido em um estado de indiferença, ignorando os riscos de perpetração de danos, mesmo conhecendo-os. Assim, a imprudência é “o conhecimento e desconsideração consciente de um risco injustificável de dano”²³ (VOLOKH, 1996, p. 3, tradução nossa).

Um exemplo de imprudência com total indiferença diz respeito a um empregador, que, após realizar testes de segurança, sabia que o uso de determinado equipamento não garantiria a proteção adequada ao trabalhador, mas pensando em poupar gastos, decidiu adotar mesmo assim este equipamento em detrimento de outro mais caro. O empregador sabia dos riscos e nada fez para incrementar a segurança do trabalhador.

A *gross negligence* (negligência grave), de outro lado, se manifesta quando “o réu deveria ter conhecimento do risco de que danos injustificáveis poderiam ocorrer com o seu ato, mas não teve”²⁴ (VOLOKH, 1996, p. 3, tradução nossa). Neste caso, o réu deveria ter conhecimento das circunstâncias que tornariam a sua conduta danosa,

23 “Recklessness is the knowledge and conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk of harm.”

24 “Negligence is when the defendant should have known, but didn’t, of a substantial and unjustifiable risk that the damage would occur.”

porém, em um nível inaceitável e grave não pautou seu ato em questões que deveria ter conhecimento para evitar o dano.

Um exemplo de negligência grave é o caso de companhia especializada em estudo de qualidade de água, que, após ser contratada para atestar se a qualidade da água de determinada comunidade estava dentro dos níveis de qualidade exigidos, não atestou a quantidade de componente químico danoso à saúde por ter passado despercebido no estudo. Pela natureza da atividade, a companhia deveria atestar a incidência do composto químico, mas por negligência grave não o fez.

Por este motivo, a doutrina tem buscado descrever o conjunto de ações que devem ser praticadas para que a imprudência e a negligência atinjam o patamar propício para a incidência dos *punitive damages*. Como dito, há uma tentativa de descrever uma ordem sucessiva de atos que possam caracterizar a imprudência ou a negligência como atos graves e censuráveis via *punitive damages*, conforme resumido abaixo.

Primeiramente, deve o réu ter a consciência do perigo (*conscious of danger*), estando subjetivamente ciente do risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta. Em segundo lugar, deve o réu se portar com indiferença perante este risco (*disregard danger*), o que indica que mesmo após saber dos riscos de sua atividade ou de seu ato isoladamente, a apatia subsistiu. Em terceiro plano, o comportamento do réu deve ser marcado por um grave desvio (*gross deviation*), de modo que no momento de decidir como agir, o réu tenha optado pelo caminho do perigo e da produção de danos. Em último lugar e complementando as fases anteriores, deve a conduta do réu ser caracterizada por um desvio patente de cuidado (*dangerous outcome*) de tal modo que uma pessoa comum não incorreria (HASTIE; SCHKADE; PAYNE, 2002, p. 88).

Percebe-se, em suma, que o ato ou a sucessão de atos devem ser marcados pela culpa, pois tanto na conduta má-intencionada como na imprudente ou negligente a doutrina supracitada exige ou que o réu tenha causado danos conscientemente ou que não tenha considerado o risco de que os danos pudessem ocorrer ou que não tinha conhecimento do risco de ocorrência dos mesmos, embora devesse saber. Contudo, no tocante a este último aspecto subjetivo (negligência), é possível iniciar digressão que conduza a questão para uma esfera que prescindida da culpa.

Enquanto que os atos mal-intencionados e imprudentes envolvem a consciência de prejudicar alguém, o ato negligente pode ser tão grave a ponto de os seus próprios resultados apontarem para a desnecessidade de quaisquer elementos subjetivos, pelo simples fato de ficar escancarada a baixa ou nenhuma preocupação com investimento em segurança e/ou qualidade de sua atividade.

Por via de consequência, se o réu tivesse investido o suficiente em segurança e qualidade, os danos não teriam ocorrido, quando se conclui que se os danos se manifestaram em um nível inaceitável, das duas uma: ou o réu não tem controle sobre sua atividade ou logicamente não tem tido o cuidado devido, sendo inútil investigar aspectos relacionados à subjetividade (vontade) do ofensor. Nesse sentido, Alexander Volokh (1996, p. 19) relaciona a relação entre maior investimento e prevenção de danos:

Acidentes sempre acontecem, mesmo sob uma gestão responsável. Esta não é uma hipérbole; a menos que se evite completamente um determinado setor, mas eliminar todas as chances de um acidente é literalmente impossível. Podemos reduzir os acidentes; por gastar mais recursos na prevenção, podemos evitar mais

acidentes, mas esses esforços custam dinheiro, e quanto maior o nível de segurança, maior o custo para evitar que cada acidente. Se fôssemos tentar eliminar todos os acidentes, acabaríamos subindo a extremos, gastando incontáveis recursos que seriam mais bem investidos em outros setores (Tradução nossa)²⁵.

Destarte, como prevenir danos custa muito caro em um contexto de consumo e trabalho em sintonia para o excesso, dever-se-á abraçar a teoria do risco calcada na responsabilidade objetiva para os *punitive damages* em alguns casos, pois, se o consumo e o trabalho estão em ritmo desenfreado e, por outro lado, prevenir o dano a vidas e direitos custa muito caro, nada mais adequado do que estabelecer não apenas a indenização sem a necessidade de demonstrar a culpa para as vítimas de danos ocasionados por atividades eminentemente danosas, como também a possibilidade de incidência dos *punitive damages* para fazer frente ao descontrole de uma atividade, ultrapassando a afirmação de que “se a falha não é intencional, então é desnecessária para fins de dissuasão e punição a imposição do *punitive damages* em conjunto com a indenização compensatória”²⁶ (COOTER, 1982, p. 79, tradução nossa).

Não se está aqui a dizer que a culpa deve ser relegada a um segundo plano ou que a má-intenção, a imprudência e a negligência não são mais necessárias para a caracterização de uma conduta grave. Pelo contrário, a pesquisa apenas aponta para um novo horizonte que se abre na interface dos *punitive damages* (que tradicionalmente têm sido

25 “Accidents will always happen, even under the most responsible management. This isn’t hyperbole; unless one completely avoids a particular industry, eliminating all chance of an accident is literally impossible. We can reduce accidents, though; by spending more resources in prevention, we can prevent more accidents, but these efforts cost money, and the higher the level of safety, the more it costs to prevent each additional accident. If we were to try to eliminate all accidents, we would end up going to extreme lengths, spending countless resources that would be better spent elsewhere.”

26 “If fault is unintentional, then imposing punitive damages in addition to compensatory damages is both unnecessary for deterrence and undeserved as punishment.”

alicerçados sobre as bases da culpa) com outra categoria jurídica que simplesmente prescinde de qualquer culpabilidade.

Desta forma, o extremo descaso e alto grau de desrespeito aos direitos – enquadrados como requisitos subjetivos - podem ser caracterizados apenas pela demonstração do dano, principalmente em sede de uma ação coletiva, onde o grau de censurabilidade da conduta do réu é exposto de forma mais fidedigna do que em uma ação individual pelo retrato cristalino do exército de vítimas.

Nesse sentido, o estudo dos requisitos subjetivos dos *punitive damages* conjugado com danos que são praticados em larga escala permite alcançar um cenário onde é possível a erosão e rompimento da culpa como requisito basilar para a incidência dos *punitive damages* e da consequente responsabilização do réu, já que “verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa [...], mas pelo resultado (dano)” (SCHREIBER, 2006, p. 30).

De outro lado, oferecendo um argumento subsidiário a uma interpretação mais rigorosa acerca da exigência da culpa para a aplicação dos *punitive damages*, pode ser dada uma dose de objetividade no próprio elemento culpa, a partir do divórcio de seu caráter psicológico. Nesse sentido:

[...] Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada culpa objetiva. Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como ‘o erro de conduta’, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade

do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. [...] Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado in abstracto pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta. [...] implica um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. O agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média (SCHREIBER, 2006, p. 34-37).

Desta forma, mesmo que se admita a indispensabilidade da culpa para a incidência dos *punitive damages*, quando o julgamento do comportamento do agente é realizado de forma abstrata, alheio à intenção e demais aspectos subjetivos do agente, a culpa se torna objetivada, tornando possível a sua caracterização mesmo em face de um agente que agiu com todo o cuidado possível e ainda assim não obteve êxito no controle de produção de danos de seu ato ou conjunto de atos.

1.3 Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages a partir da interpretação dos limites constitucionais e pressupostos dos punitive damages pela suprema corte americana

Ao lado dos pressupostos objetivos e subjetivos acima alinhavados, outros critérios importantes para a aplicação dos punitive damages e aferição do grau de censurabilidade da conduta (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*) vêm sendo paulatinamente acrescentados pela Suprema Corte Americana na análise de recursos contra a fixação da indenização pelo Tribunal do Júri.

Como a conduta reprimida pelos punitive damages deve

ser insultuosa e grave, em se tratando de um país com tradição de observância do “stare decisis”, nada mais natural que a evolução do tema seja resultado das decisões da Suprema Corte Constitucional, embora seja inequívoco que os precedentes daí advindos são profundamente influenciados pelas decisões das outras cortes de justiça do país e das fundamentações construídas pelos advogados.

Nas últimas décadas a Suprema Corte Americana julgou nove casos envolvendo *punitive damages*: *Browning-Ferris Indus., Inc. v. Kelco Disposal* (1989); *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip* (1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993); *Honda Motor Co. v. Oberg* (1994); *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group* (2001); *State Farm Insurance v. Campbell* (2003); *Philip Morris v. Williams* (2007) e *Exxon Shipping Co v. Baker* (2008)²⁷.

Destarte, o presente artigo se deterá na análise dos casos *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *State Farm Insurance v. Campbell* (2003), os quais representaram um verdadeiro marco na interpretação dos *punitive damages* e formação de pressupostos para a sua incidência e fixação. No primeiro deles, além de ter decidido que uma indenização 500 vezes maior do que a compensatória violava a cláusula do devido processo legal, desenvolveu três parâmetros para que o magistrado pudesse decidir por um valor punitivo dentro dos limites constitucionais: “(1) o grau de censurabilidade da conduta do réu, (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados, e (3) as sanções civis e criminais autorizadas impostas em casos semelhantes”²⁸

27 Vanessa Burrows (2007, p. 2) acentua que nas últimas décadas a Suprema Corte Americana julgou oito casos que envolveram *punitive damages*. Contudo, no ano de 2008, em momento posterior ao estudo em comento, a Corte decidiu o caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*; pelo que se considera que foram nove casos julgados até o momento.

28 “(1) the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct, (2) a reasonable ratio of punitive to

(BURROWS, 2007, p. 3, tradução nossa).

Duas grandes contribuições foram sedimentadas pela Suprema Corte em 2003, ao julgar o caso *State Farm vs Campbell*. Primeiramente, a Corte estabeleceu que a proporção entre os danos compensatórios e os punitivos não pode ser superior do que uma razão de 9 pra 1, ressaltando que apenas em raríssimas exceções uma proporção maior do que esta satisfaz a cláusula do devido processo legal (BURROWS, 2007, p. 3-4).

Posteriormente, decidiu que o grau de censurabilidade da conduta do réu já mencionado na decisão *BMW vs Gore* deverá ser avaliado levando-se em conta os seguintes aspectos: (1) se houve dano físico ou somente econômico; (2) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; 3) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; (4) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; 5) se o dano foi o resultado de um conduta intenção, negligência ou imprudência.

Cabe uma reflexão acerca desses aspectos, pois se defende que não é apenas a vulnerabilidade financeira que deveria estar em pauta, pois há outras vulnerabilidades, como a técnica e a jurídica que poderiam constar no rol acima. Quanto ao item 5) acentua-se que os elementos subjetivos podem ser relativizados casos onde os danos externem por si só a gravidade da conduta. Por fim, considera-se adequada a inclusão do interesse de conservação da empresa como elemento norteador para a fixação dos *punitive damages*, uma vez que as mesmas geram empregos, arrecadam impostos e também geram bem-estar social com serviços e produtos.

Em suma, estes degraus de análise são acrescentados e devem

compensatory damages, and (3) comparable civil and criminal sanctions, i.e. the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.”

ser interpretados em conjunto com o rol de requisitos subjetivos e objetivos descritos pela doutrina, uma vez que são fundamentais para o esclarecimento se o comportamento em julgamento deve ser censurado a ponto de o seu desestímulo ser objeto de condenação em *punitive damages*.

De fato, uma conduta que foi reiterada, atingiu pessoa vulnerável, foi praticada com indiferença e causou dano físico é altamente grave, e, por este motivo, o Tribunal realçou que apenas um desses fatores pode não ser suficiente para ensejar a indenização punitiva, mas que a inexistência de todos eles torna os *punitive damages* praticamente inviáveis²⁹.

Resumidamente, sob a ótica dos parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência da Suprema Corte Americana no caso *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *Farm State vs Campbell* (2003), é possível estabelecer que esses precedentes, juntos, sedimentaram o seguinte raciocínio: para julgar a possibilidade jurídica de aplicação dos *punitive damages* e o conseqüente valor indenizatório deve o magistrado analisar (1) o grau de censurabilidade da conduta do réu e (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados. Ao avaliar o grau de censurabilidade do réu, inarredável indagar a) se houve dano físico ou somente econômico; b) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; c) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; d) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; e) se o dano foi o resultado de uma conduta com

²⁹ “The Court began its analysis under the first guidepost — the degree of reprehensibility of the defendants misconduct. Under this guidepost, courts should consider whether: (1) the harm caused was physical as opposed to economic; (2) the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard for the health or safety of others; (3) the target of the conduct was financially vulnerable; (4) the conduct involved repeated actions or was na isolated incident; and (5) the harm was the result of intentional malice, trickery, deceit, or mere accident” (JAYNE, 2002, p. 885).

intenção, negligência ou imprudência.

Estes critérios para aferir quão grave foi o comportamento do réu se somam aos requisitos objetivos e subjetivos anteriormente mencionados engendrando uma moldura sobre a qual o magistrado e o júri devem se ater no momento de apreciar questões relacionadas aos *punitive damages*. Essa moldura é relevante para a pesquisa na medida se visa a conhecer os requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages* assim como averiguar se esses pressupostos são reconhecidos na experiência de aplicação do instituto no Direito brasileiro.

1.4 Resumo dos requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: parâmetros orientadores

Considerando que a incidência dos *punitive damages* necessita da constatação de uma conduta de alto grau de censurabilidade e reprovação, visando a somar as contribuições teóricas da doutrina, das práticas do júri e da Suprema Corte Americana, segue abaixo lista com parâmetros úteis para o intérprete do direito aferir o cabimento ou não dos *punitive damages*:

- razoabilidade entre o valor da indenização punitiva e dano causado, visando a promover desestímulo da conduta;
- se o dano causado foi físico ou somente econômico. Nessa hipótese, o dano apenas material torna mais remota a aplicação dos *punitive damages* e o dano físico aproxima a sua incidência. Acrescenta-se que sob a ótica do presente trabalho, deve ser avaliada a existência de danos existências, mesmo que não tenham relação com danos físicos;

- se a conduta evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros;
- se a vítima era financeiramente vulnerável. Alerta-se que há outros tipos de vulnerabilidade, como a técnica, informacional, fática e sociocultural, de modo que se aconselha a análise completa da existência de vulnerabilidade;
- se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado;
- se o dano foi o resultado de uma conduta com intenção, negligência ou imprudência. Neste ponto uma digressão, visto que há danos causados em larga escala, os quais representam por si só a negligência ou imprudência, tornando desnecessária prova nesse sentido;
- se o ofensor tinha a consciência do perigo, estando subjetivamente ciente do risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta;
- se o ofensor se portou com indiferença perante este, e, mesmo após saber dos mesmos, não tomou providências preventivas;
- se comportamento do réu foi marcado por uma escolha do ponto de vista econômico em detrimento da segurança e qualidade;
- se o ofensor tivesse investido o suficiente em segurança e qualidade, os danos não ocorreriam.

Conclui-se que esses parâmetros, embora possam servir de guia para o intérprete no caso brasileiro, não exaurem a possibilidade de surgirem outros requisitos autorizadores para a aplicação dos punitive damages, tendo como embrião o enfrentamento de situações fáticas distintas que demandam a punição e conseqüente prevenção. Não se

deve esquecer na formulação de qualquer parâmetro de aplicação desse instituto que o seu pilar encontra-se no objetivo de prevenir condutas altamente graves e indesejadas, geralmente marcadas por alto grau de desrespeito aos direitos alheios e vantagens do ponto de vista econômico.

2 APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Vistos os principais parâmetros para avaliar a incidência dos *punitive damages*, inarredável construir um esboço do sistema de aplicação do instituto na experiência brasileira, de modo a apontar insuficiências e pontos que podem ser incrementados.

O modelo de aplicação da indenização punitiva na experiência brasileira segue uma lógica eminentemente individual, em dissonância com o fenômeno da litigiosidade de massa e da constante transformação dos conflitos individuais em coletivos no âmbito da sociedade inserida no mundo moderno.

Embora se verifique a aplicação dos *punitive damages* em ações coletivas, inúmeros danos perpetrados em massa sofrem reprimenda apenas em nível individual, em proporção não compatível com a dimensão total dos danos ocasionados, o que foi constatado na pesquisa realizada na obra “*punitive damages* (indenização punitiva) e os danos em massa” (BONNA, 2015).

O enfoque individual na solução de conflitos no trato dos *punitive damages* pode enfraquecer a sua eficácia de desestímulo ante a fraca repercussão econômica do valor indenizatório, prejudicar a análise dos requisitos que o atraem e que são determinantes para a aferição do grau de censurabilidade da conduta (se o ato foi reiterado, se proporcionou

lucro ao ofensor, se existiu elemento subjetivo que aponte para culpa grave ou dolo, etc.). Além do mais, em se tratando de danos em massa, uma visão individual afasta a possibilidade de uma proporção razoável entre a punição e o mal causado, por se tratar de demanda onde parcela expressiva das vítimas está ausente.

Outra característica da experiência brasileira é a intrínseca relação da indenização punitiva com os danos morais. Os magistrados estabelecem valor de indenização dos danos morais e o majoram o suficiente para compensá-los fundamentando na indenização punitiva. Apesar de o dano moral não se confundir com a indenização punitiva, os tribunais e juízes no Brasil têm feito uso do instituto em demandas que versem sobre dano moral.

A experiência brasileira é marcada também por ausência de fundamentação quanto aos requisitos subjetivos e objetivos, assim como sobre a gravidade da conduta que descambou na punição. Isto porque para uma necessária fundamentação das decisões judiciais deveria o magistrado se reportar diretamente à reprovabilidade da conduta, justificando a punição por meio da indenização. Deste modo, deve-se atender ao comando constitucional que obriga o magistrado a fundamentar sua decisão judicial, a teor do que dispõe o artigo 93, IX da Carta Magna de 1988.

Outro ponto relevante na experiência brasileira é a falta de distinção entre valores relativos à compensação do dano moral e os destinados à punição e dissuasão. As decisões judiciais apenas elevam o valor da indenização compensatória aludindo a indenização punitiva, mas não discriminam qual o valor suficiente para fazer frente ao prejuízo e qual se presta para punir e prevenir a conduta. Ou seja, a verba compensatória é incrementada como forma de enxertar a indenização

punitiva em seu bojo, embora existam decisões isoladas que apliquem a indenização punitiva destacada da compensatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de que há uma crise de legitimidade e legalidade dos *punitive damages* no seio do Judiciário brasileiro, torna-se inafastável a lapidação desse instituto importante para a prevenção de danos a partir do uso de requisitos objetivos e subjetivos que autorizem a sua aplicação, conferindo segurança jurídica e uma adequada fundamentação das decisões judiciais.

Conclui-se também que a experiência jurídica brasileira, após se familiarizar com a teoria dos *punitive damages*, deve buscar destacar o valor indenizatório que desempenha a função compensatória/reparatória do valor que satisfaz a função punitiva/preventiva. Essa técnica contribui para resolver a crise de legalidade dos *punitive damages*, abrindo um leque recursal par discutir apenas a verba punitiva. Foi desta forma que a experiência norte-americana incrementou a teoria dos *punitive damages*, pois os recursos que foram admitidos e julgados pela Suprema Corte versavam apenas sobre essa verba destinada a desempenhar uma função punitiva/pedagógica.

Espera-se que a aplicação dos *punitive damages* tenha um salto de qualidade no caso brasileiro a partir da observância de requisitos autorizados e do necessário destaque do valor punitivo em relação ao valor compensatório/reparatório, criando um terreno fértil para que a responsabilidade civil possa efetivar em maior grau o seu intento de prevenção de danos a partir do desestímulo de condutas indesejáveis.

REFERÊNCIAS

BONNA, Alexandre Pereira. **Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BURROWS, Vanessa K. **Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams**. USA: American Law Division, July 2007.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedente. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

COOTER, Robert D. **Economic analysis of punitive damages**. Berkeley: Law Scholarship Repository, 1982.

DODGE, William S. The case for punitive damages in contracts. **Duke Law Journal**, Durham, v. 48, n. 4, fev. 1999.

DAINOW, Joseph. The civil law and common law: some points of comparison. **The American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 15, n. 3, p. 419-435, 1966.

HASTIE, Reid; SCHKADE, David A; PAYNE, John W. Judging corporate recklessness. In: SUNSTEIN, Cass R. et al. **Punitive damages: how juries decide**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. Chapter 5.

JAYNE, Andrew C. The impact of recent U.S. Supreme Court punitive damages jurisprudence on Oklahoma's punitive damages statute and jury instructions. **Oklahoma Law Review, Oklahoma**, v. 57:873, p. 873-898, 2002

KRAUSS, Michael I. **Punitive damages and the Supreme Court: a tragedy in five acts**. Washington, DC: Federalist Society, Aug. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil - constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MCGOVERN, Francis. **Punitive damages and class actions.**

Louisiana: Law Review, v. 70, p. 435-462, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENYHARD, Attila. **Punitive damages in Hungary.** In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. Punitive damages: common law and civil law perspectives. Vienna: Springer, 2009. v. 25.

PRIEST, George L. The problem and efforts to understand it. In: SUNSTEIN, Cass Ret al. **Punitive Damages: how juries decide.** Chicago: The University of Chicago Press, 2003. Chapter 1.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. **The American University Law Review**, Washington, v. 42, p. 1269-1333, 1993.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SEBOK, Anthony J. **Punitive damages: from myth to theory.** Iowa: Iowa Law Review, 2007. v. 92

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States.** Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 9 mar. 2014.

VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. **Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case.** 2009. Theses (Doctor Philosophy, Sociology, Public and Social Welfare) - Tulane University Digital Library. New Orleans.

VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive damages: common law and civil law perspectives.** Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

VOLOKH, Alexander. **Punitive damages and environmental law: rethinking the issues**. Los Angeles, Califórnia: Reason Foundation, 1996. Policy Study, n. 213.

Como citar: BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p190. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/07/2017

Aprovado em: 15/11/2017

ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO NAS GRANDES MAGAZINES: UMA LEITURA MODERNA ACERCA DO NOVO MODO DE EXPLORAÇÃO

ANALYSIS OF SLAVE LABOR IN LARGE DEPARTMENT STORES: A MODERN READING OF THE NEW MODE OF EXPLORATION

Alexandre Antônio Bruno da Silva*
Whenry Hawlysson Araújo Silveira**

* Doutor em Direito em 2005 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Mestre em Direito em 2001 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Especialista em Direito Processual Civil Individual e Coletivo em 2011 pela Faculdade Christus (CHRISTUS). Graduado em Direito em 1998 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

E-mail: alexandre.bruno@terra.com.br

** Mestrando em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho em 2017 pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

Graduado em Direito em 2016 pelo Centro Universitário Estácio de Sá.

E-mail: hawlysson@gmail.com

Como citar: SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo. Análise do trabalho escravo nas grandes magazines: uma leitura moderna acerca do novo modo de exploração. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.223-257, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p223. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O processo de globalização tem promovido significantes alterações no funcionamento das cadeias produtivas globais. Evidencia-se, como jamais visto, a exploração do trabalho pelo capital, materializada nas diversas formas de precarização das relações de trabalho. O presente estudo estrutura-se em dois eixos. O primeiro tem como objetivo analisar como as grandes empresas, objetivando reduzir os custos de produção e maximizar os lucros, se valem da exploração da mão de obra, desvinculando-se

das responsabilidades perante os trabalhadores que fazem parte da sua cadeia produtiva. O segundo eixo busca analisar, de forma objetiva, em quais hipóteses estas empresas podem ser responsabilizadas pela exploração da mão de obra dentro das cadeias de produção de seus produtos. Por fim, evidencia-se o contexto em que se desenvolvem as políticas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil, destacando os impasses até então encontrados na implementação dessas políticas.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo. Responsabilidade social. Trabalho Forçado. Trabalho em condições degradantes. Exploração Infantil.

Abstract: Globalization is a process that has promoted significant changes in the inner workings of global production chains. Moreover, capital, which is embodied in various forms of labor relations, can and in some current cases exploits, even now, its labor force. Furthermore, this research is structured in two segments. The first analyzes how large companies use labor exploitation in order to reduce production costs and maximize profits, dissociating themselves from the responsibilities that they have in relation to their laborers that are an important part of their internal structure. The second investigates whether these companies can be held responsible for the exploitation of their employees – whom are part of their production

network. In conclusion, this study demonstrates the context in which public policies fight contemporary slave labor in Brazil, highlighting the complexities of implementing these policies.

Keywords: Contemporary slave labor. Social responsibility. Forced Labor. Work in degrading conditions. Child Exploitation.

INTRODUÇÃO

O trabalho possibilita ao homem concretizar seus sonhos, atingir suas metas e objetivos de vida, além de ser uma forma de expressão. Pode ser descrito como o desenvolvimento de uma habilidade que se externa através de um produto ao qual se percebe conectado.

Para Marx (1989, p. 22), “O conjunto das relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade [...], o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral”. Conforme asseveram Rusche e Kirchheimer (2004, p. 74), até mesmo as punições variam, quando os modelos de produção sofrem mutações. Portanto, necessário se faz uma rápida abordagem histórica acerca dos modos de exploração.

Após a chegada dos portugueses em território brasileiro, o escambo se torna a primeira relação entre portugueses e indígenas, tendo como principal atividade a extração de pau-brasil, madeira usada para a fabricação de tintura¹.

A necessidade de introduzir rapidamente uma atividade econômica que gerasse mais renda levou os portugueses implantar os engenhos de cana-de-açúcar no nordeste brasileiro. Em meados do século XVI, a mão de obra dos nativos começa a ser substituída pela dos negros africanos, uma vez que esta demonstrava ser mais eficiente e barata (MARQUESE, 2006).

Conforme assevera Netto e Braz (2008, p. 67), “Nesse modo de produção, o trabalho era realizado sob coerção aberta e o excedente produzido pelo produtor direto (o escravo) lhe era subtraído mediante

¹ O escambo consiste na troca de mercadorias ou serviços sem fazer uso de moeda. Referida modalidade de comércio foi comumente utilizada no contexto da exploração do pau-brasil, no início do século XVI.

violência, real e potencial”. Cumpre ressaltar que atualmente o regime de escravidão é tido por padrão como desumano e violador da dignidade da pessoa humana nos países civilizados, mas para a época, representou sinal de civilidade e libertação (FANON, 1979).

Com o advento da Lei Áurea², a previsão jurídica foi abolida no Brasil. Surge, portanto, novo modo de regulação das relações de produção. Essa transição ocorre quando, em certo período de desenvolvimento econômico-social, as forças materiais de produção se tornam incompatíveis com o modo de exploração utilizado. Conforme assevera Marx (1989, p. 14), “[...] ao mudar a base econômica, revoluciona-se, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura erigida sobre ela”.

Ao contrário do modelo escravagista, o modelo capitalista passa a reger as relações de exploração entre empregado e empregador, atribuindo valor ao potencial de trabalho e ao tempo utilizado para desenvolver determinada atividade. Dessa forma, todas as mercadorias utilizadas no mercado de trabalho capitalista passam a ser valoradas e sopesadas com base no binômio força de trabalho x tempo de produção. Conforme Marx (2010), o trabalho sob o jugo do capital passa a aliená-los no processo de produção, no intuito de que a mais valia seja extraída.

Outro fator que merece destaque no novo regime de exploração capitalista é a remuneração. Esclarece Marx (2010, p. 50-53) que a correlação de forças entre a classe trabalhadora e burguesa na disputa política de interesses opostos é fator determinante para a determinação dos salários. Desse modo, assevera que as remunerações e os lucros “estão em razão inversa um do outro. A cota-parte do capital, o lucro,

2 A Lei Imperial n.º 3.353, tradicionalmente conhecida como Lei Áurea, foi sancionada em 13 de maio de 1888 e se tornou o diploma legal que extinguiu a escravidão no Brasil.

sobe na mesma proporção em que a cota-parte do trabalho, o salário, cai, e inversamente.” (MARX, 2010, p. 54).

Com o intuito de conter as diversas manifestações do trabalho escravo após o advento da Lei Áurea, surgem diversos dispositivos legais³ que buscam combater a permanência de condições análogas à escravidão no ambiente comum de trabalho. Não obstante a produção desse ordenamento específico, não há dúvidas que, mesmo em dias atuais, onde seu contexto é notoriamente camuflado, as condições desumanas dispendidas aos trabalhadores são manifestas.

A Constituição Federal de 1988, inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos, descreveu em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana será fundamento do Estado Democrático de Direito. Posteriormente, em seu artigo 5º, inciso III, assegurou que ninguém será submetido a procedimento de tortura, tratamento desumano ou degradante.

Segundo o artigo 149 do Código Penal Brasileiro, considera-se trabalho escravo a submissão do trabalhador a trabalhos forçados ou jornada exaustiva, compelindo-o a laborar em condições degradantes de trabalho, bem como restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívidas contraídas com o empregador (BRASIL, 2008).

Conforme assevera Thereza Gosdal (2007, p. 143), o trabalho análogo ao de escravo se tornou “uma categoria eminentemente política,

3 É possível afirmar que a gênese do trabalho se desenvolveu de modo paralelo à existência do ser humano em razão da necessidade de sobrevivência. A ele foi dada a capacidade de transformar o ambiente ao seu redor através da fabricação de objetos naturais. Entretanto, apenas a partir de meados do Século XVII as relações de trabalho passam a ser regidas de forma específica. Se considerarmos o *Moral and Health Act*, de 1802, na Inglaterra, que reduziu a jornada de trabalho dos menores para 12 horas, como a primeira experiência em regulação de natureza laboral e industrial a limitar o *laissez-faire*. Na realidade, antes mesmo destas experiências reguladoras estatais, o exercício da autonomia coletiva como fonte de direitos já se havia estabelecido, mesmo sem o reconhecimento do Estado, já que a atividade sindical começou durante os primeiros anos da Revolução Industrial, no final do século XVIII, e foi combatida pela Doutrina da Conspiração, sobretudo nos países anglo-saxões.

sustentada sob toda a sorte de trabalho não-livre. “[...] são maus-tratos, condições de trabalho, de remuneração, de transporte, de alimentação e de alojamento que não condizem com as leis e costumes.” Portanto, trabalho em condições análogas à de escravo é o gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho degradante são espécies.

Diferente do período escravagista, o trabalho em condições análogas à de escravo não mais se utiliza das ferramentas coloniais de repressão. Em que pese não mais se falar em senzalas ou em instrumentos ostensivos de castigo, como troncos e correntes, atualmente é possível notar que as condições análogas à de escravo estão presentes no mundo do trabalho, sobretudo nas grandes magazines, responsáveis por regular grandes cadeias de produção⁴.

Segundo o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), no ano de 1995, o Brasil se tornou um dos primeiros países do mundo a reconhecer a permanência do trabalho em condições análogas à escravidão.

Ressalte-se que, apesar do Brasil possuir uma das mais protetivas legislações trabalhistas do mundo e ser adepto de diversos tratados internacionais⁵ que buscam erradicar a escravidão, a mera positivação de direitos não se mostra suficiente para tornar efetiva a proteção do trabalhador. É de extrema necessidade a intensificação da fiscalização e o cumprimento dos dispositivos que os regula.

4 Na visão de Karl Marx, o trabalhador tornou-se uma mercadoria – barata, suscetível de desvalorização. Na atualidade não é diferente, o trabalhador é submetido a condições análogas à escravidão e devido as necessidades vitais à sua sobrevivência, tende a compactuar com todas as condições que lhes são impostas. Conforme atrai para si os fenômenos naturais da vida (envelhecimento, doenças ou deficiências), seu valor tende a cair consideravelmente.

5 Os mais variados diplomas internacionais de proteção ao trabalhador derivam das convenções da Organização Internacional do Trabalho. Dentre os diversos tratados ratificados pelo Brasil, merece destaque as convenções 29 e 105 que tratam da eliminação do trabalho forçado ou obrigatório, convenções 87 e 98 que tratam da proteção ao direito sindical e negociação coletiva. Convenção 100 e 101 que tratam da igualdade de acesso e permanência no ambiente de trabalho. Convenções 138 e 182, que versam sobre a erradicação do trabalho infantil.

Segundo Braga (2014), “ainda estamos caminhando a passos lentos em direção à abolição do trabalho escravo no mundo”. Todavia, não se pode desacreditar nas mudanças, devendo-se a todo custo manter de forma contínua a busca pela efetiva erradicação das condições análogas à de escravo.

Sabendo que o modo de exploração varia nos diversos setores da economia, buscar-se-á analisar, no tópico seguinte, as diversas formas de manifestação do trabalho em condições análogas à de escravo na sociedade, com o escopo de demonstrar as deficiências existentes, bem como a necessidade da efetiva erradicação desse tipo de exploração que ainda hoje subsiste.

1 AS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO NA ATUALIDADE

Ao longo dos últimos anos, os modos de exploração têm se diversificado dentro das diversas atividades econômicas. Nesse passo, tem-se que a economia, a globalização, o crescimento das migrações e o desenvolvimento tecnológico acelerado são os fatores preponderantes para a persistência do trabalho em condições análogas à de escravo. Conforme afirma Schernovski (2014), a ocorrência desses fatores corrobora para a desvalorização do trabalho e das pessoas, *in verbis*: “A escravidão está inteiramente reproduzida pelas atuais condições da economia – desemprego tecnológico, crescimento das migrações e redução ao absurdo da remuneração de atividades tradicionais, geralmente tecnologicamente atrasadas.”

As diversas formas de escravização se estendem por todo o globo terrestre e engloba desde os países desenvolvidos aos que ainda

não alcançaram uma perspectiva de crescimento. Um mercado flexível ascende e se adequa rapidamente às mudanças, por isso sua rápida e frenética transformação. Em decorrência desses efeitos, as técnicas adotadas pelo Estado muitas vezes perdem sua eficácia.

Dados estatísticos do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT) colhidos no segundo semestre de 2016, revelaram que o número de trabalhadores que são submetidos a estas práticas ainda é alto e tem crescido nos grandes centros urbanos, sobretudo em atividades terciárias⁶, como construção civil e indústria têxtil. Na área rural, a exploração se dá massivamente na pecuária, na agricultura, nas carvoarias e madeireiras.

Contextualizando a compreensão desenvolvida, Nunes (2005) aponta que:

A degradação do explorado inicia-se ainda em sua localidade de origem, onde não possui as mínimas condições de subsistência. Vê seus familiares passando necessidade, quando não se encontram adoentados. No município, não enxergam a mínima expectativa de trabalho. O homem não consegue vislumbrar condições de melhoria para si e para seus familiares. Torna-se assim, vulnerável às promessas feitas pelos “gatos”. O trabalhador vê à sua frente a seguinte opção: permanecer em sua cidade, sem qualquer expectativa, ou tentar sorte melhor em outras regiões, ainda que corra o risco de ver frustrada sua esperança. Quem sai, na verdade, queria permanecer, mas não fica, pois continuar é aceitar a dor que lhe corrói.

Ocorre comumente no Brasil a sujeição de trabalhadores pobres aos intermediários que, por sua vez, oferecem melhorias de vida, fundadas

6 Em uma visão macro, os trabalhadores pertencentes a estas atividades são analfabetos e desprovidos de uma educação formal. Em sua grande maioria, são trabalhadores necessitados, com pouca noção de seus direitos e que em razão da necessidade de sobrevivência, não têm outra escolha que não seja compactuar com as condições impostas pelo empregador.

em falsos contratos. Ao serem levados para esses lugares distantes e isolados, esses trabalhadores são submetidos a uma vida de servidão por dívida e precarização do ambiente de trabalho.

Para Brito Filho (2017), o trabalho em condições análogas à de escravo se divide em duas grandes espécies: o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes. Os casos específicos estariam ligados a estas espécies como micro espécies de um sistema. Nada impede, portanto, a cumulação destas no mesmo ambiente de trabalho.

Nos tópicos seguintes, serão analisadas, de modo mais aprofundado, as diversas formas de manifestação do trabalho em condições análogas à de escravo, encontradas atualmente pelas grandes magazines para a exploração da mão de obra. Propõe-se, em conjunto com dados estatísticos, uma análise crítica que aborda as fragilidades ainda existentes no tocante a proteção do trabalhador.

1.1 Trabalho forçado

De acordo com Schernovski (2014), a modalidade de trabalho forçado pode assumir diversas faces no ambiente de trabalho. Entretanto, referida modalidade é caracterizada comumente pela coerção de uma pessoa sobre outra, para que esta realize determinadas tarefas sob a imposição de severas penalidades, caso a ordem não seja cumprida.

Importante conceituação foi dada pelo artigo 2º, item 1, da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Segundo o texto convencional, o “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Desse modo, duas características podem ser extraídas dessa

modalidade de trabalho escravo: o uso da coação e a negação da liberdade⁷.

A violação à liberdade, como componente substancial da micro espécie do trabalho forçado, é característica marcante dessa modalidade de exploração. Não bastasse a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da isonomia, dentre muitos outros que integram o rol de direitos fundamentais, a negação da liberdade pelo método coercitivo do empregador é fator que o difere das outras modalidades de exploração.

Mesmo séculos após a abolição formal da escravidão, algumas semelhanças com os métodos coloniais podem ser encontradas na contemporaneidade. No atual cenário do trabalho forçado, observam-se algumas características, como intensas jornadas laborais e coações morais, que trazem à memória os métodos arcaicos de exploração. Nesse modelo, o obreiro não mais pode deliberar de acordo com sua própria vontade acerca do consentimento de sua permanência no trabalho.

Por outro lado, o trabalho análogo à condição de escravo também pode se manifestar através de trabalhos em condições degradantes, conforme se verá adiante.

1.2 Trabalho em condições degradantes

O trabalho em condições degradantes não é tão simples de ser conceituado. Para que seja configurada a existência de trabalho forçado, é necessário que seja verificada a existência de restrição da liberdade, sobretudo através do uso de coação. No entanto, para a configuração do

⁷ Afirma a OIT que, “Embora possam variar em suas manifestações, as diversas modalidades de trabalho forçado têm sempre em comum as duas seguintes características: o recurso à coação e a negação da liberdade” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2001).

trabalho em condições degradantes, faz-se necessário a concentração de elementos que tornam as condições do ambiente de trabalho precárias.

Para Brito Filho (2017), a dificuldade em conceituar reside no largo alcance do que poderia ser considerada uma condição degradante de trabalho, conforme se depreende logo abaixo:

Seria simples, por exemplo, dizer que um trabalho, mesmo que exercido em condições duras, como o dos lavradores no campo, não seria considerado como em condições degradantes se os trabalhadores tivessem a adequada proteção para o seu exercício; tivessem os seus direitos trabalhistas resguardados, incluindo aí jornada de trabalho normal, bem como tivessem condições razoáveis de moradia, alimentação e higiene, e fossem respeitados. Também é fácil definir trabalho em condições degradantes quando se utiliza, ainda negativamente, o princípio que fixa o mínimo de direitos do homem-trabalhador: a dignidade humana. Nesses termos, considera-se trabalho em condições degradantes aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador.

Com essa compreensão, é possível conceituar o trabalho em condições degradantes como aquela atividade laboral exercida sem que existam condições mínimas de higiene, saúde, segurança, habitação, respeito e alimentação. Por assim dizer, na falta de um desses elementos, estaria configurada a modalidade de trabalho em condições degradantes.

Ambas as modalidades de exploração advêm principalmente do tráfico de pessoas, decorrente da imigração ilegal e das práticas irregulares de captação de mão de obra. Os trabalhadores sequer encontram tempo para buscar um futuro melhor. As dificuldades mais recorrentes que envolvem a parcela de trabalhadores explorados são o preconceito e a

fome.

2 A NOVA ROUPAGEM DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

Segundo o SINAIT, desde que o Brasil reconheceu a existência de trabalho escravo, em 1995, mais de 50 mil trabalhadores nessas condições foram resgatados pelos Auditores Fiscais do Trabalho até o ano de 2015. No entanto, em 2016, não há sequer um dos responsáveis preso. Dos poucos condenados, nenhum deles cumpriu pena até o fim (SINAIT, 2016).

Em janeiro de 2004, três auditores fiscais e um motorista do Ministério do Trabalho foram assassinados, no evento que ficou mundialmente conhecido como “a chacina de Unai”. Os auditores trabalhavam na fiscalização de fazendas nesse município e suspeitavam da contratação irregular de trabalhadores para a produção de feijão. Muito embora o Tribunal Regional Federal de Minas Gerais tenha condenado os responsáveis pelo mando do crime e pela contratação dos pistoleiros, não há, sequer, registro de prisões efetuadas⁸.

Segundo a Comissão Regional sobre Trabalho Escravo do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT10), a crescente exploração de mão de obra se dá substancialmente pelo crescimento desse sentimento de impunidade. Para o Presidente da Comissão, quando o empregador submete o trabalhador a condições forçadas ou degradantes, está apostando na impunidade. (BRASIL, 2014).

Uma auditoria realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego

⁸ Além dos fazendeiros, estavam envolvidos na chacina os irmãos Antério Mânica, ex-prefeito de Unai, e Norberto Mânica, bem como os empresários Hugo Alves Pimenta e José Alberto de Castro. (MELLO, 2017).

(MTE) à sessenta e sete fornecedores da empresa Zara no ano de 2016, mostrou 433 irregularidades por todo o Brasil. Dentre elas, pode se destacar a supressão de salários e excesso na carga horária, ambos caracterizando a modalidade de trabalho forçado. De igual modo, as oficinas subcontratadas por esta empresa para atuar na confecção de peças foram atuadas cinquenta e duas vezes por manter condições análogas à escravidão, dentre eles, a servidão dos trabalhadores por dívidas contraídas.⁹

Responsáveis por movimentar um alto mercado de consumo, as indústrias têxteis comumente se utilizam da exploração da mão de obra para obter altos lucros. Segundo pesquisa divulgada pelo jornal *Al Jazeera*, a exploração de trabalho escravo no mercado da moda é constante.

Os casos mais recorrentes foram encontrados nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, uma vez que, por seu dinamismo e desenvolvimento econômico acentuado, atraem imigrantes de países vizinhos. Segundo o jornal acima, o agitado setor têxtil paulista conhecido como “Brás” alimenta um enorme mercado de consumo, ao passo que concentra condições precárias indicativas da ilegalidade e da falta de segurança que os trabalhadores estão a enfrentar.

Já no Rio de Janeiro, pesquisadores e profissionais da moda se reuniram recentemente para discutir métodos de combate à exploração nas cadeias produtivas no mercado da moda. Segundo a Procuradora do Trabalho Guadalupe Couto, é incontestável a subsistência de exploração de trabalho na indústria têxtil, sobretudo nas grandes grifes, responsáveis por movimentar um alto mercado de consumo com preços competitivos. (AGÊNCIA BRASIL, 2017). A necessidade de mão de obra barata leva

⁹ Para estes e outros dados estatísticos acerca da exploração dos trabalhadores na Grife Zara (MAIA, 2014).

os trabalhadores a serem submetidos a condições degradantes, como ocorreu recentemente com diversas grifes de auto padrão autuadas.¹⁰

Os principais alvos desse setor são os imigrantes, atraídos pelo desenvolvimento e possibilidade de melhoria de vida. De acordo com o Ministério do Trabalho, em torno de trezentos mil bolivianos residem em São Paulo, 90% deles, laboram em indústrias têxteis. O questionamento mais intrigante diz respeito a quantos destes estão submetidos ao regime de trabalho em condições análogas à de escravo. Compensação pelo mantimento e pelo treinamento recebido são algumas das condições impostas pelos empregadores aos imigrantes, conforme foi relatado por um casal boliviano recém liberto (ALJAZEERA, 2016).

Conforme expressa o representante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, muitas vezes não é possível localizar tais formas de exploração, pois, em muitos casos, a pessoa mora e trabalha no mesmo local. Como a casa se constitui como asilo inviolável, não há possibilidade constante de ingresso, bloqueando uma fiscalização mais precisa (RIBEIRO, 2017).

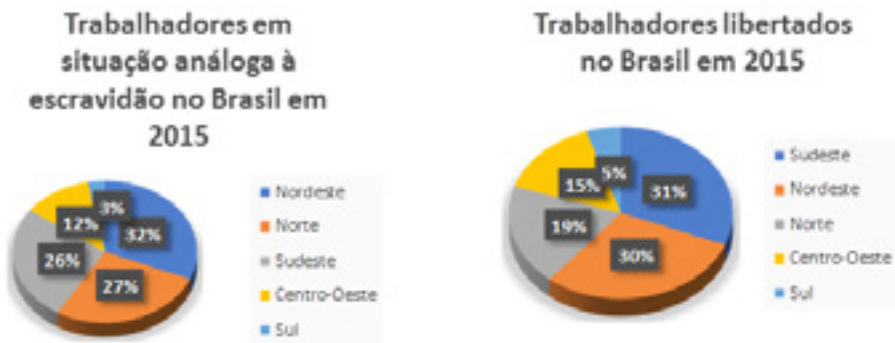
Conforme ressalta Renato Bignani (2017, p. 34), essa prática não é recente. Segundo o autor, a alienação dos trabalhadores em células de residência é denominada *sweating system*. Mantendo células de trabalho semelhantes a residências, não há sequer controle das jornadas de trabalho. O ambiente se torna propício para quaisquer formas de exploração, tais como ambientes degradantes e insalubres, trabalho infantil, servidão por dívida, assédio moral e sexual.

Segundo estudos de campo realizados pela Comissão Pastoral de Terra, as regiões Nordeste, Norte e Sudeste, pioneiras no desenvolvimento

10 Algumas grifes nacionais, como Marisa, Pernambucanas, Renner, Les Lis Blanc - e, recentemente, até a marca internacional Zara, foram autuadas por manter condições de trabalho escravo (ALJAZEERA, 2016).

econômico do País e grandes alvos de imigração, são as que mais exploram mão de obra. Demonstraram, ainda que, em medidas de fiscalização regular, o número de trabalhadores resgatados por região é proporcional à quantidade de trabalhadores em que são explorados, conforme se depreende dos gráficos abaixo¹¹. Os estudos foram realizados com base em 766 casos detectados pela Comissão no ano de 2016.

Gráfico 1 – Exploração Mão de Obra por Região.



Fonte: Adaptado de Gandra (2017).

Como verificado até o presente momento, o combate não deve ser realizado apenas com medidas imediatas, ou se torna ineficaz. Devem ser propostas políticas específicas de combate a serem exercidas de forma gradual e sistemática. Se o trabalhador libertado volta para a mesma situação de miséria em que se encontrava antes, as chances de ser explorado novamente são altas.

¹¹ Elaboração própria com base nos dados colhidos pela Comissão Pastoral de Terra e SRTE. Os estudos foram realizados no ano de 2016. Referências inclusas.

3 MECANISMOS DE COMBATE AO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO

Conforme abordagem introduzida no preâmbulo do presente trabalho, diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais entraram em vigor com o objetivo de proibir e punir aqueles que promovem o trabalho em condições análogas à de escravo. Além dos já citados dispositivos¹², diversos outros estão presentes em todo o ordenamento jurídico e buscam assegurar a liberdade dos trabalhadores¹³.

Como afirmado em momento anterior, os dispositivos legais se mostram insuficientes para a erradicação dessas condutas. Essa situação é agravada pela ausência de políticas públicas de combate ao trabalho escravo. Nesse contexto, os órgãos fiscalizadores assumem vital importância.

O Movimento de Ação Integrada (MAI) busca preencher essa lacuna. Segundo o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), os auditores fiscais buscam preencher essa lacuna. Muito embora ainda haja deficiências, os programas de qualificação e alfabetização dos egressos do sistema escravagista se tornam “portas de saída” desse regime.

Além do SINAIT, o MAI agrupa diversos outros órgãos, como a Organização Internacional do Trabalho, o Conselho Nacional de Justiça

12 Artigo 1º, inciso III, artigo 5º, inciso III da Constituição Federal e artigo 149 do Código Penal.

13 O artigo 5º da Constituição Federal preconiza que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil são iguais perante a lei e têm garantidos direitos à isonomia, à liberdade, à segurança, entre outros. Ainda na esfera Constitucional, a Emenda Constitucional nº 81/2014 alterou o texto do artigo 243, que passou a prever que, em propriedades rurais ou urbanas onde forem constatadas ocorrências de casos de trabalho escravo, haverá expropriação para fins de reforma agrária e de moradia popular. O Código Penal brasileiro, em seu Título IV, dispõe ainda sobre os crimes contra as organizações de trabalho, prevendo sanções a quem atentar contra a liberdade de trabalho, frustrar direitos assegurados em leis trabalhistas ou aliciar trabalhadores mediante fraude, conforme se extrai dos artigos 197, 203 e 206 do mesmo diploma legal. Por fim, o diploma celetista buscou reduzir, coibir e punir os empregadores que venham, eventualmente, a violar condições probas de trabalho, de modo que submetam os obreiros a trabalhos forçados e/ou a condições degradantes de trabalho, conforme assevera os artigos 75 e 120 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

(CNJ), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), além de diversas associações e Organizações Não Governamentais (ONGs) que atuam na prevenção e repressão da exploração (SINAIT, 2016).

No ano de 1995, dois grupos essenciais foram criados com o intuito de combater a precarização no ambiente de trabalho. O objetivo poderia ser descrito em poucas linhas: erradicar a exploração da mão de obra através de fiscalizações e inspeções periódicas. Pelo Decreto 1.538/95, foi criado o Grupo Interministerial para Erradicação do Trabalho Forçado (GERTRAF).

Em 14 de junho do mesmo ano, é emitida a Portaria de nº 550, criando um dos grupos de combate que atua com maior intensidade dentre os existentes atualmente: o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM). Ligado à Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) – do Ministério do Trabalho – o GEFM é formado por auditores fiscais do trabalho, procuradores do Ministério Público do Trabalho e policiais federais, que atuam no combate direto à exploração do trabalho, na apuração de denúncias e nas operações de resgate em campos específicos de exploração (LIMA; SURKAMP, 2012, p. 57).

Com o intuito de evitar que produtos oriundos do trabalho análogo ao de escravo sejam comercializados, foi criada outra política relevante: o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, composto pelo Comitê de Coordenação e Monitoramento do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. O Comitê é composto por diversos institutos e organizações que atuam em parceria. Entre elas, estão a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Comissão

Pastoral de Terra e a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) (CANAL RURAL, 2017).

Mesmo que não haja controvérsia acerca da importância das instituições fiscalizadoras para a coibição desse tipo de exploração, os dados obtidos pelas recentes pesquisas demonstram que o número de agentes fiscalizadores tem caído nos últimos anos. O número de auditores fiscais do trabalho é pequeno e tem influenciado diretamente no número de resgates que são realizados. Se não há busca pela exploração, como ela pode ser constatada?

Uma pesquisa realizada pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Ceará (SRTE/CE) no início de janeiro divulgou que o número de trabalhadores resgatados caiu 96% com fiscalização menor no Ceará. O número de trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo passou de 70 casos em 2015 para apenas três em 2016, uma redução de 95,7%. Ainda segundo o estudo, 83% dos trabalhadores resgatados possuíam faixa etária entre 18 e 44 anos. Desses, 33% são analfabetos e 39% sequer concluíram o ensino fundamental (G1, 2017).

Tabela 1 - Trabalhadores resgatados no Ceará – SRTE ¹⁴

Ano	Número de Resgates
2006	88
2007	19
2008	192
2009	20
2013	96
2014	68
2015	70
2016	3

Fonte: G1 (2017).

Em recente pesquisa realizada pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho, a redução dos resgates se estende a todo o território nacional. Dados parciais apontam que mais de 660 trabalhadores foram resgatados pelos grupos móveis de combate ao trabalho escravo em 2016, representando uma queda de 34% em relação aos 1.010 trabalhadores resgatados no ano de 2015. Apenas no ano de 2000 o número de resgates foi menor, atingindo a marca de 516 resgates (CANAL RURAL, 2016).

¹⁴ De 2010 a 2012, não houve resgate de trabalhadores no Ceará. Isso porque, segundo a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, não houve denúncias.

Gráfico 2 - Trabalho escravo no Brasil



Fonte: G1 (2017).

Segundo o coordenador da Campanha de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo da Comissão de Proteção ao Trabalhador (CPT), a redução do número de resgates está diretamente ligada a uma redução no número de fiscalizações. Nas últimas décadas, em torno de 261 estabelecimentos foram fiscalizados por ano, em detrimento de 158 fiscalizações em 2016. Segundo o coordenador, pelo menos mil fiscais estão faltando no plano nacional para conter o aumento da exploração (VELASCO; REIS, 2017).

Esse fator, contudo, deve ser analisado com cautela e promovido pelo poder público. Se não há fiscalização, o trabalhador explorado

não se manifesta por si mesmo, uma vez que sequer compreende sua condição de escravo. Com mais auditores fiscais atuando, maiores serão as fiscalizações, ocasionando um aumento no número de resgates.

3.1 Da necessária publicidade da “lista suja” pelo trabalho escravo

No ano de 2003, no intuito de coibir a prática irregular de trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego criou um cadastro com os empregadores que, porventura, tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. Assim, uma lista – convencionalmente denominada Lista Suja – contendo os nomes desses empregadores, é periodicamente divulgada com base em Portarias do Poder Executivo. Atualmente, a norma que autoriza sua elaboração e divulgação é a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH 4, de 11 de maio de 2016, publicada no dia 13 de maio desse mesmo ano (MATSUMOTO; DUARTE, 2017).

A divulgação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, no entanto, não é pacífica. Recentemente, o Ministério do Trabalho divulgou nota oficial informando que não divulgará o Cadastro por tempo indeterminado, “por considerar que a Portaria que hoje regula a formação da lista, ...não garante aos cidadãos instrumentos de efetivo exercício dos direitos constitucionalmente assegurados ao contraditório e à ampla defesa, bases sob as quais se firma qualquer nação civilizada” (BRASIL, 2017a).

Replicando a informação contida na nota divulgada pelo Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho informou que o contraditório e a ampla defesa não são violados pela publicação da “lista suja”. Pelo contrário, a inclusão do nome do infrator no cadastro somente se efetiva após a decisão final e exauriente de procedência do

referido auto de infração (BRASIL, 2017b).

Analisando a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.209/DF, proposta pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), o mesmo Supremo Tribunal Federal que concedeu em 2014, liminar suspendendo a divulgação da referida lista, fez constar expressamente que eventual questionamento acerca da violação aos direitos de defesa foram integralmente sanados pela Portaria nº 4/2016, publicada em maio de 2016 e atualmente em vigor.

Nesse intervalo, o Ministério Público do Trabalho propôs Ação Civil Pública com pedido liminar requerendo a União seja compelida a divulgar referida lista. A liminar foi concedida em decisão prolatada no dia 19 de dezembro de 2016, determinando que a União volte a publicar a “lista suja” no período de até 30 dias.

No dia 07 de março de 2017, em decisão polêmica, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho suspendeu, por 120 dias, a divulgação das listas, logo após dois recursos do Governo Federal, onde se requeria a “reformulação e aperfeiçoamento” da portaria que a criaria. A Decisão levou a entidade Conectas a levar o caso ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em Genebra.

Muito embora tutela tenha sido revertida uma semana depois, após um pedido liminar feito pelo Ministério Público do Trabalho, a entidade insistiu na denúncia, sob o fundamento de que a suspensão do documento apenas beneficiaria os setores corporativos envolvidos com atividades de exploração da mão de obra (CHADE, 2017).

Com a divulgação do referido Cadastro, os direitos de defesa não seriam violados, pois estariam assegurados em todo o processo administrativo até decisão irrecorrível de procedência do auto de infração.

O direito à liberdade de informação seria garantido, conforme previsto constitucionalmente, ao passo que a classe mais vulnerável estaria sendo beneficiada, em detrimento dos setores corporativos.

No estado de São Paulo, política semelhante foi adotada, mediante a proposição do Projeto de Lei nº 1.034/2011, transformado posteriormente na Lei nº 14.946/2013. Segundo o texto estabelecido na norma, as empresas que se utilizam do trabalho em condições análogas à de escravo serão autuadas e fechadas. Além da autuação e fechamento, os donos ficarão impedidos de exercer quaisquer atividades do mesmo ramo de produção ou abrir nova firma no setor pelo período de dez anos (SÃO PAULO, 2013).

Não se trata, portanto, de análise superficial acerca da responsabilidade exclusiva das empresas que exploram diretamente a mão de obra. Muitas vezes, estas empresas também estão subordinadas, pois fazem parte de uma cadeia produtiva. Para maior eficácia no combate à exploração, necessária se faz a compreensão de como se dá a distribuição de tarefas nas cadeias produtivas, para que, logo após, seja verificada a extensão da responsabilidade às grandes empresas.

4 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DAS GRANDES MAGAZINES DENTRO DAS CADEIAS PRODUTIVAS

Pode-se afirmar que os setores de produção, sobretudo os setores têxteis e de confecções, sofreram grandes mudanças no cenário global. Até a década de 80, esses setores não sofriam grandes variações entre as temporadas, que por sua vez, eram bem definidas: primavera-verão e outono-inverno. Grande parte da matéria-prima era trabalhada em lugares relativamente próximos ao consumidor final.

Como a atividade era determinada pela lei da oferta e da procura, os varejistas se preocuparam em ampliar a gama de produtos ofertados, buscando combinações modernas revestidas de diferenciação. Assim, dois fatores foram fundamentais para a busca de alternativas de produção nos países subdesenvolvidos e emergentes: o aumento da competitividade e o elástico dos ciclos de produção.

Com o objetivo de reduzir os custos de produção e da mão de obra, as produções foram deslocadas para outros países. Assim, o produto final é desenhado e comercializado nos países desenvolvidos, ao passo que sua fabricação se dá nos países subdesenvolvidos. Trata-se de um processo contínuo, onde, grandes empresas remontam e distribuem suas tarefas em função das estratégias e do grau de abertura econômica dos países (JACQUES, 2015, p. 135).

Essa política de interesses, todavia, demonstra que as empresas subcontratadas não possuem autonomia, uma vez que estão subordinadas a grandes empresas. A consequência disso é a formação de um sistema produtivo totalmente hierarquizado, onde a valoração das forças produtivas (fábricas, máquinas e oficinas) está diretamente relacionada com o nível de desenvolvimento dos países de localização (PITACAS, 2017).

Um dos eixos do estudo das cadeias produtivas estrutura-se com base na capacidade de responsabilização dos que atuam em constante exploração e violação dos direitos e garantias dos trabalhadores. A ramificação da cadeia produtiva tem ocasionado a subcontratação de empresas especializadas, sobretudo, com a contratação de trabalhadores em situação irregular e análoga à escravidão.¹⁵

¹⁵ Essa ocorrência é difundida entre as mais variadas multinacionais varejistas, sobretudo nas áreas da confecção e construção civil. Vejam-se exemplos de grandes empresas nacionais, como a Zara, única representante brasileira da empresa multinacional Inditex.

Todavia, muito embora a exploração não ocorra de forma direta pelos grandes magazines e sim pelas empresas subcontratadas, responsáveis pelas demandas de massa, um questionamento merece ser feito: seria factível que as empresas multinacionais fossem responsabilizadas pela exploração que ocorre nas cadeias de produção de seus produtos?

Analisando decisão proferida no Caso Zara, a responsabilização das grandes empresas encontra bases sólidas. O cerne da questão consistia na legalidade da intermediação da maufatura dos produtos comercializados entre a empresa AHA¹⁶ Indústria e Comércio Ltda e Zara Brasil Ltda. Segundo a Zara Brasil, a primeira seria a real contratante dos trabalhadores encontrados em situação precária de trabalho. Constatou-se, todavia, ser a Zara a adquirente de mais de 90% de toda a produção da Aha, caracterizando-se, na prática, um monopólio (ÍNTEGRA..., 2014).

O provedor, a empresa AHA, enviava as peças piloto para a empresa Inditex, na Espanha, após a aprovação por uma gerente da Zara no Brasil. Somente após o aval da empresa matriz, o pedido oficial e as etiquetas eram emitidas, demonstrando a dependência econômica da empresa AHA à empresa Zara na cadeia de produção. Na investigação proposta pelo MTE/SRTE (SP), comprovou-se que a AHA estava subordinada economicamente à Inditex.¹⁷ Segundo o auditor Luís Alexandre Faria, comandante das investigações, a Zara faz de tudo para não aparecer no processo (PYL; HASHIZUME, 2011).

¹⁶ As investigações realizadas em 2011 pelo MTE/SRTE demonstram que um dos provedores da Zara Brasil, a empresa AHA, subcontratava oficinas de costura que não cumpriam os direitos fundamentais dos trabalhadores. Comprovou-se que a AHA estava subordinada economicamente à Inditex, empresa multinacional que, além da marca Zara, é composta por outras, como Pull&Bear, Massimo Dutti, Bershka, Stradivarius, Oysho, Zara Home e Uterqüe.

¹⁷ Semelhante ao modelo português, o provedor AHA se enquadrava na concepção de parasita da cadeia produtiva, pois não possuía um quadro de trabalhadores compatível com a produção que lhe era dirigida. Os parasitas, portanto, seriam personagens que atuam na cadeia de produção através de atividades meio, isto é, sem participar do processo de produção do produto principal. Por exemplo, serviço de entrega.

A visibilidade pública do Caso da Zara ocorreu em 2011, após a divulgação televisiva das condições de trabalho nas grandes confecções. Uma equipe de reportagem acompanhou as operações de fiscalização do Ministério Público do Trabalho em algumas empresas clandestinas de São Paulo, que produziam peças de roupas para a marca Zara (BAND NOTÍCIAS, 2011). O fluxograma abaixo demonstra a estrutura produtiva da Zara Brasil naquele momento.

Gráfico 3 – Estrutura produtiva da Zara no ano de 2011



Fonte: Pyl e Hashizume (2011).

Durante o período de fiscalização, observou-se que, muito embora a empresa AHA tenha crescido em faturamento de produção para a Zara, a empresa reduziu drasticamente o número de empregados contratados diretamente, indicando o aumento dos processos de quarteirização da mão de obra.¹⁸ Observou-se, igualmente, que não importa quão grande seja a

¹⁸ Dias (1998) afirma que a terceirização é uma —ferramenta de gestão ou uma —filosofia da administração que permite à empresa focar em sua atividade principal, contratando outras empresas para atividades que não contribuam diretamente com a —razão de ser da organização. Nas correntes contemporâneas da administração, a quarteirização refere-se à contratação de uma terceira empresa — geralmente da área de logística — para administrar as empresas terceirizadas pela firma tomadora de serviços (conhecido como

cadeia produtiva, as empresas que a originam detêm a responsabilidade social e legal quando, por si mesmas, subcontratam empresas com o objetivo de aumentar a produção e de reduzir custos.

Em uma análise sistemática das cadeias produtivas, conclui-se que a exploração de mão de obra nas empresas subcontratadas se mostra como o efeito e consequência do modelo de mercado exercido pelas grandes empresas. Desse modo, demonstra-se cabível a responsabilização direta das grandes empresas dentro das cadeias produtivas pelos trabalhadores escravizados.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve o intuito de refletir criticamente acerca de possível responsabilização dos grandes magazines pela exploração de mão de obra que ocorre dentro das cadeias de produção de seus produtos.

De modo preambular, foi realizado breve estudo acerca do modelo escravagista arcaico. Verificou-se que, muito embora o trabalho fosse realizado mediante coerção aberta e violência em potencial, o processo de alienação utilizado pelos colonos, formou nos colonizados, sinal de civilidade e libertação.

Observou-se que, mesmo após um século da abolição da escravatura no Brasil, a exploração laboral extremada continua presente no país. Ao contrário do modelo escravagista arcaico, o modelo capitalista passa a reger as relações de exploração entre empregado e empregador, atribuindo valor ao potencial de trabalho e ao tempo utilizado para desenvolver determinada atividade. Dessa forma, no mercado de trabalho

4PL – fourth-party logistics). Mas esse não é o sentido da quarteirização na cadeia produtiva da Inditex. Nesse caso, a quarteirização é a transferência de serviços para uma terceira empresa, contratada pela provedora AHA, algo como a terceirização da terceirização.

capitalista, a mão de obra passa a ser valorada e sopesada com base no binômio força de trabalho x tempo de produção.

Posteriormente, refletiu-se acerca dos modos de manifestação do trabalho em condições análogas à de escravo na sociedade contemporânea. Verificou-se que o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são subespécies do gênero trabalho em condições análogas à de escravo. Inclusive o trabalho infantil, como subespécie do trabalho forçado ou em condições degradantes, compõe esse núcleo.

Com base nos dados estatísticos analisados, verificou-se que os diversos dispositivos de proteção ao trabalhador, que intentam de evitar as práticas abusivas e ilegais de exploração da mão de obra, se mostram ineficazes. Essa ineficácia se dá pela constante redução no número de fiscalizações, ocasionada, sobretudo, pela insuficiência dos auditores fiscais do trabalho em campo.

Para atingir satisfatoriamente um patamar de efetivo combate à escravidão, não basta a mera positivação dos dispositivos protetivos. A atuação dos órgãos nacionais e internacionais, tais como a Organização Internacional do Trabalho, Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho e Emprego, se mostram essenciais para a efetiva proteção do trabalhador e para a real abolição do trabalho análogo ao de escravo, desde que exercida de forma integrada.

As políticas restritivas, tais como a “lista suja” e a Lei nº 14.946/2013, devem ser incentivadas por todos os envolvidos no processo de erradicação e combate à exploração da mão de obra pelas grandes magazines. Estas, de modo incontroverso, devem responder objetivamente por quaisquer ilegalidades dentro da cadeia de produção de seus produtos, uma vez que a subcontratação de empresas, visando diminuir os custos e majorar os lucros enseja, por sua própria natureza,

a exploração da mão de obra, consoante o atual modelo capitalista de produção.

A subsistência dessa mácula social nos dias atuais demonstra a necessidade de permanente e efetiva busca por condições laborais dignas, nas quais devem ser respeitadas condições mínimas de higiene, de saúde e de proteção ao trabalhador. As condições de emprego e renda devem ser asseguradas, no intuito de que as famílias tenham condições de agir em resgate de sua própria dignidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Trabalho escravo no mercado da moda é tema de debate no Rio de Janeiro**. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/trabalho-escravo-no-mercado-da-moda-e-tema-de-debate-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

ALJAZEERA. **Brazil: slaves to fashion**. 2016. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/programmes/latin-america-investigates/2016/12/brazil-slaves-fashion-161229063654192.html>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BAND NOTÍCIAS. **Zara reconhece trabalho escravo em confecção**. 2011. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/?id=100000450252>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BIGNANI, Renato. **Trabalho escravo contemporâneo: o sweating system no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano**. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigo19216c4627d24e2563a4335ceb2c9469.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRAGA, Luã. **O trabalho escravo no século XXI**. 2014. Disponível em: <<http://www.feedbackmag.com.br/o-trabalho-escravo-no-seculo>>

xxi/>. Acesso em: 23 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: _____. **Vade mecum RT**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 493-494.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Ministério do trabalho se posiciona sobre empresas autuadas em trabalho análogo à escravidão**. 2017a. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/4209-ministerio-do-trabalho-se-posiciona-sobre-empresas-autuadas-em-trabalho-analogo-a-escravidao>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Necessária publicidade à lista suja do trabalho escravo**. 2017b. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). **Impunidade estimula trabalho escravo no país**. 2014. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/113040693/impunidade-estimula-trabalho-escravo-no-pais>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CANAL RURAL. **Casos de trabalho escravo caíram em 2016**. 2017. Disponível em: <<http://www.canalrural.com.br/noticias/noticias/casos-trabalho-escravo-caem-2016-65795>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

CHADE, Jamil. Brasil é denunciado à ONU após TST vetar ‘lista suja’ do trabalho escravo. **Estadão**, São Paulo, 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-denunciado-a-onu-apos-tst-vetar-lista-suja-do-trabalho->

escravo,70001707090>. Acesso em: 28 jul. 2017.

DIAS, Reinaldo. **Tópicos atuais em administração: quarteirização**. São Paulo: Alínea, 1998.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

G1. **Nº de trabalhadores resgatados cai 96% com fiscalização menor no CE**. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/01/n-de-trabalhadores-resgatados-cai-96-com-fiscalizacao-menor-no-ce.html>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

GANDRA, Alana. **Com menos fiscalizações, casos de trabalho escravo caem em 2016**. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-01/com-menos-fiscalizacoes-casos-de-trabalho-escravo-caem-em-2016-diz-Pastoral>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTR, 2007.

ÍNTEGRA da sentença judicial em que Zara é responsabilizada por escravidão. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/04/integra-da-sentenca-judicial-em-que-zara-eresponsabilizada-por-escravidao/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

JACQUES, Caroline da Graça. **Trabalho decente e responsabilidade social empresarial nas cadeias produtivas globais: o modelo *fast fashion* em Portugal e no Brasil**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/135124>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

LIMA, Benedito; SURKAMP, Luize. **Erva mate: erva que escraviza**.

Fortaleza: La Barca, 2012.

MAIA, Samantha. **Renner está envolvida com trabalho escravo**. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/828/renner-esta-envolvida-com-trabalho-escravo-1352.html>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. **Novos estudos-CEBRAP**, São Paulo, n. 74, p. 107-123, 2006.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica à economia política**. São Paulo: Mandacaru, 1989.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MATSUMOTO, Jorge Gonzaga; DUARTE, Vinicius Franco. Regras da “lista suja” do trabalho escravo necessitam de uma faxina. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/regras-lista-suja-trabalho-escravo-necessitam-faxina>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

MELLO, Alessandra. **Chacina de Unai completa 13 anos sem a prisão dos mandantes do crime**. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/28/interna_politica,843070/chacina-de-unai-completa-13-anos-sem-prisao-dos-mandantes.shtml>. Acesso em: 27 jul. 2017.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política: uma introdução crítica**. São Paulo: Cotez, 2008.

NUNES, Flávio Filgueiras. **A persistência no trabalho escravo no Brasil**. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade Vianna Junior, Juiz de Fora, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Não ao trabalho forçado**. Genebra: OIT, 2001. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/nao_trabalho_forcado_311.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

PITACAS, José Alberto. **Deslocalização de Empresas**. Disponível em: <http://psfanzeres.no.sapo.pt/Estudos/desloca_emp.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

PYL, Bianca; HASHIZUME, Maurício. Roupas da Zara são fabricadas com mão de obra escrava. **Repórter Brasil**, São Paulo, ago. 2011. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-saofabricadas-com-mao-de-obra-escrava/>>. Acesso em: 6 abr. 2017

RIBEIRO, Victor. **Trabalho escravo urbano no brasil transforma sonho de bolivianos em pesadelo**. 2017. Disponível em: <<http://m.radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2017-01/trabalho-escravo-urbano-no-brasil-transforma-sonho-de-bolivianos-em>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHEHEIMMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.946, de 28 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1043074>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

SCHERNOVSKI, Valdeci. **Trabalho escravo contemporâneo**. 2014.

Disponível em: <<http://advaldeci.jusbrasil.com.br/artigos/111749665/trabalho-escravo-contemporaneo>>. Acesso em: 23 maio 2016.

SINAIT. **Trabalho escravo contemporâneo existe**. 2016. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/site/noticiaView/12951/trabalho-escravo-contemporaneo-existe>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **Nº de libertados em trabalho análogo ao escravo cai 34% em 1 ano; total é o menor desde 2000**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/n-de-libertados-em-trabalho-analogo-ao-escravo-cai-34-em-1-ano-total-e-o-menor-desde-2000.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

Como citar: SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo. Análise do trabalho escravo nas grandes magazines: uma leitura moderna acerca do novo modo de exploração. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.223-257, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p223. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/07/2017

Aprovado em: 22/02/2018

REVISITANDO O PAPEL DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NA TEORIA DO INADIMPLEMENTO

REVIEWING THE ROLE OF THE POSITIVE
BREACH OF CONTRACT IN THE THEORY OF
DEFAULT

Daniel de Pádua Andrade*
Fabio Queiroz Pereira**

Como citar: ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.258-282, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p258. ISSN: 2178-8189

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Civil Aplicado em 2016 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito em 2014 pela Faculdade Milton Campos (FMC). Email: danieldepaduaandrade@gmail.com

** Doutor em Direito em 2015 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito em 2010 pela Universidade de Coimbra (UC). Graduado em Direito em 2006 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Email: fabio.queiroz@gmail.com

Resumo: Atualmente, no direito brasileiro, prevalece a aplicação da violação positiva do contrato enquanto instrumento autônomo de tutela dos interesses obrigacionais indiretamente vinculados à prestação. Segundo esse entendimento majoritário, as figuras do inadimplemento absoluto e da mora restringem-se aos interesses obrigacionais diretamente relacionados com a prestação. A releitura contemporânea do direito das obrigações, entretanto, revela a indissociabilidade entre deveres de proteção e deveres de prestação. A partir da reformulação conceitual do (in)

adimplemento no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo propõe a revisão do papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. Trata-se de uma investigação de vertente jurídico-teórica e de tipo jurídico-propositivo. Vale-se, pois, de metodologia qualitativa que parte de dados secundários e se utiliza de raciocínios indutivos, buscando trabalhar bases normativas e doutrinárias para a formulação de novos enquadramentos relativos à matéria. Nesse sentido, ao invés de terceira espécie de inadimplemento, sugere-se a consideração da violação positiva do contrato como referencial teórico de atualização e ampliação dos institutos do inadimplemento absoluto e da mora.

Palavras-chave: Violação positiva do contrato. Teoria do inadimplemento. Direito das obrigações.

Abstract: Currently, in Brazilian law, the positive breach of contract is applied as an autonomous instrument to protect the obligatory interests indirectly linked to the provision. According to this majority view, the figures of absolute default and delay are restricted to the obligatory interests directly related to the provision. The contemporary re-reading of the law of obligations, however, reveals the inseparability between duties of protection and duties of provision. Based on the conceptual reformulation of default and performance in

the Brazilian legal system, the present study proposes to review the role of positive breach of contract in the theory of default. This body of work is an investigation of the legal-theoretical aspect and of the legal-propositional type. This study uses, therefore, a qualitative methodology that, from secondary data and inductive reasoning, seeks to work normative and doctrinal bases for the formulation of new frameworks related to the matter. In this sense, instead of a third kind of default, it is suggested to consider the positive breach of contract as a theoretical reference to update and expand the institutes of absolute default and delay.

Key-words: Positive breach of contract. Theory of default. Law of obligations.

INTRODUÇÃO

Passados mais de quinze anos da promulgação do Código Civil de 2002, ainda persistem controvérsias quanto à conformação do regime legal do inadimplemento. Embora represente aperfeiçoamento da legislação anterior, a sistematização da matéria no título IV do Livro I da Parte Especial tem sofrido críticas pontuais (MARTINS-COSTA, 2006, p. 100). Um dos questionamentos mais significativos refere-se ao desamparo legal dos interesses obrigacionais não vinculados diretamente à prestação. Nesse ponto, doutrina e jurisprudência brasileira encontraram uma alternativa na figura alemã da violação positiva do contrato. No Brasil, esta teoria tem sido utilizada como uma terceira espécie de inadimplemento, fundamentada no princípio da boa-fé objetiva e na aplicação analógica do arcabouço normativo referente às outras duas espécies (inadimplemento absoluto e mora). Não obstante as vantagens práticas dessa utilização, seu lastro elástico e indefinido evidencia o risco de insegurança jurídica e subjetivismo no caso concreto.

O objetivo do presente estudo é propor, no ordenamento jurídico brasileiro, a revisão do papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. A releitura contemporânea do direito das obrigações revela a indissociabilidade do prestar e do resguardo dos bens jurídicos dos contratantes. Com efeito, faz-se possível alargar os institutos do inadimplemento absoluto e da mora, para que atuem não apenas como resposta jurídica para a lesão aos interesses à prestação, mas também como remédio para a inobservância dos interesses à proteção. Nesse contexto, embora continue válido o respectivo referencial teórico, torna-se desnecessário o recurso à violação positiva do contrato enquanto terceira modalidade de descumprimento obrigacional. O enquadramento

ora proposto perpassa pela análise da origem e da assimilação brasileira da teoria da violação positiva do contrato, bem como pelo estudo da perspectivização dinâmica da obrigação e da reformulação conceitual do (in)adimplemento.

1 A ORIGEM DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

A teorização da violação positiva do contrato remonta à doutrina alemã do início do século passado¹. Mais especificamente, a origem do instituto é atribuída aos estudos de Hermann Staub, que introduziu a figura da *positive Vertragsverletzung* em artigo publicado em 1902. O título de seu trabalho pioneiro, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, pode ser traduzido para o português como “As violações positivas do contrato e suas consequências jurídicas”. Esse desenvolvimento foi fruto de críticas à disciplina legal do descumprimento contratual prevista no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Código Civil da Alemanha que entrou em vigor em 1900.

Na esteira do *Code Napoleon* de 1804, o BGB regulou duas espécies de inadimplemento (SILVA, 2002, p. 7-11). O §280 estabeleceu a categoria da impossibilidade (*Unmöglichkeit*), enquanto o §286 definiu a categoria da mora (*Verzug*). Logo nos primeiros anos de vigência do Código Civil alemão, entretanto, as falhas desse tratamento dicotômico foram denunciadas por Hermann Staub. Segundo ele, várias situações de descumprimento contratual não se amoldariam à impossibilidade (entendida como a impraticabilidade superveniente da prestação não executada) ou à mora (entendida como o retardo temporal da prestação

1 Para uma exposição detalhada do histórico da violação positiva do contrato (CORDEIRO, 2015, p. 594-602; SILVA, 2002, p. 1-30; STEINER, 2014, p. 199-210).

devida)². Nomeadamente, haveria uma lacuna no BGB em relação aos casos em que o devedor, embora efetuasse a prestação, causasse danos ao credor. Hermann Staub denominou essas hipóteses de violações positivas do contrato e apontou como solução a aplicação analógica do regramento da mora (CORDEIRO, 2015, p. 595).

A proposta de Hermann Staub obteve rapidamente amplas repercussões no meio jurídico alemão. A jurisprudência simpatizou com a teoria, que possibilitava “uma margem oportuna de concretização no caso real, embora com o perigo, inerente a tais esquemas, de uma fuga simples para a equidade” (CORDEIRO, 2015, p. 596). A doutrina, pelo contrário, levantou diversas objeções. Nesse sentido, por exemplo, criticou-se a ausência de definição unitária do instituto e afirmou-se a inexistência da pretensa lacuna legal. Ademais, a própria terminologia do instituto sofreu questionamentos que perduram até os dias de hoje³.

A crítica mais impactante, no entanto, foi elaborada por Heinrich Stoll. Este autor publicou em 1932 um provocativo texto intitulado

2 Como explica Jorge Cesa Ferreira da Silva, “[d]iversos exemplos que não poderiam ser reconduzidos às categorias da impossibilidade ou da mora para o direito alemão foram dados por STAUB. Talvez o mais interessante deles seja o do membro de uma sociedade que tinha o dever de entregar, nos primeiros três meses do ano fiscal, o balanço da empresa. Em face do balanço, disposições internas seriam adotadas, fazendo com que a sociedade tomasse este ou aquele rumo. Na segunda semana após o início do ano fiscal, o sócio apresenta balanço demonstrando que a situação da empresa era muito boa. Contudo, 14 dias mais tarde, evidencia-se que dito balanço fora produzido com extrema negligência, e que por isso, o conteúdo do documento não refletia a realidade. As decisões, baseadas no errôneo balanço e tomadas ao longo desses 14 dias, geraram danos à empresa. Nesse momento, entrega o sócio à empresa o balanço verdadeiro. Poder-se-ia considerar este um exemplo de *impossibilidade* da prestação? A resposta de STAUB é negativa, dado que a entrega do verdadeiro balanço ainda era possível, tanto que o sócio o fez posteriormente. De outra parte, igualmente não houve qualquer *atraso* na prestação, na medida em que os dois balanços foram entregues durante o prazo inicialmente estabelecido (3 meses). O problema todo decorreu do *fato de que o conteúdo do documento que o sócio forneceu era falso* e não da sua não-entrega ou do atraso na sua entrega. Ou seja, o problema adveio de uma *atividade positiva*” (SILVA, 2002, p. 13-14).

3 Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, “[c]ostuma-se afirmar que tanto o substantivo “contrato” como o adjetivo “positiva” estariam mal escolhidos. Tais casos de inadimplemento poderiam ser encontrados tanto nos contratos como também em outras fontes obrigacionais, como os negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, existem casos de deveres laterais que consubstanciam nitidamente deveres positivos, como ocorre com os deveres de informação, de sorte que o descumprimento desses deveres, ensejadores de violações *positivas* do contrato, configurariam violações em realidade *negativas*” (SILVA, 2002, p. 16).

“Adeus à doutrina da violação positiva do contrato” (*Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*). Neste trabalho, Heinrich Stoll sugeriu a ampliação do conceito de obrigação. Para ele, o vínculo obrigacional compreenderia tanto deveres voltados ao cumprimento da prestação (interesses de prestação) quanto deveres orientados para a preservação dos bens dos contratantes (interesses de proteção). Dessa forma, não apenas a violação dos deveres de prestação, mas também a contrariedade aos deveres de proteção acarretaria impossibilidade ou mora. Com efeito, a partir dessa perspectiva alargada, seria desnecessário o recurso à violação positiva do contrato⁴.

Ironicamente, a crítica de Heinrich Stoll foi utilizada para reafirmar e aclarar a teoria da violação positiva do contrato. A doutrina subsequente valeu-se da divisão entre interesses de prestação e interesses de proteção justamente para definir o campo de incidência da violação positiva do contrato. Desde então, desenvolveu-se o entendimento de que o descumprimento de deveres de prestação acarreta impossibilidade ou mora, enquanto a inobservância de deveres de proteção implica violação positiva do contrato. Como assinala Jorge Cesa Ferreira da Silva:

A crítica de STOLL foi, não resta qualquer dúvida, profunda, mas teve conseqüência, no mínimo, inusitada para o crítico. Ocorre que, como já indicado, esse artigo

4 Nas palavras de Menezes Cordeiro: “Em aprofundamento importante, Hr. Stoll distingue, na obrigação, um interesse de prestação e um interesse de protecção. Ao serviço do primeiro, resultam deveres do contrato, a interpretar e a complementar segundo a boa fé, que tutela a obtenção efectiva do fim visado pela prestação. O segundo, por via, também da boa fé, assenta no seguinte. Havendo entre as partes uma ligação obrigacional, gera-se, com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa fé comina deveres de não o fazer. Esta análise permite constatar a presença na obrigação, de deveres de cumprimento, que visa o prosseguir efectivo do interesse do credor na prestação e de deveres de protecção que pretendem obstar a que, a coberto da confiança gerada pela existência de uma obrigação, se produzam danos na esfera das partes. Conduzindo esta consideração analítica até ao seu extremo, Hr. Stoll nega, com certa facilidade, a autonomia da violação positiva do contrato, como terceira categoria de prevaricações obrigacionais, junto da mora e da impossibilitação do dever de prestar: independentizados os deveres de cumprimento e de prestação, assistir-se-ia seja à mora, seja à impossibilidade, no seu cumprimento” (CORDEIRO, 2015, p. 598-599).

de Stoll foi decisivo para uma melhor compreensão e organização dogmática dos chamados *deveres laterais* decorrentes da relação obrigacional, deveres que compõem exatamente o espectro de aplicação da doutrina da *violação positiva do contrato*. Desta forma, a crítica ajudou a confirmar a doutrina, e o “adeus” pretendido mais serviu para sedimentar o já declarado “*Wilkommen*” (SILVA, 2002, p. 19-20).

Apesar das objeções doutrinárias, a teoria da violação positiva do contrato consolidou-se na Alemanha. Atualmente, o problema diagnosticado por Hermann Staub mantém sua relevância, embora com novos contornos e controvérsias. Na Reforma do BGB de 2002, por exemplo, a violação positiva do contrato reverberou na inclusão da figura genérica da “quebra de deveres” no §280, I (STEINER, 2014, p. 200). O desenvolvimento da violação positiva do contrato irradiou para diversos ordenamentos jurídicos de *civil law*, dentre os quais destaca-se o direito brasileiro.

2 A ASSIMILAÇÃO BRASILEIRA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

O Brasil conta hoje com farta bibliografia sobre a violação positiva do contrato⁵. Aqui, destaca-se o trabalho de Jorge Cesa Ferreira da Silva, que em 2002 publicou o livro “A boa-fé e a violação positiva do contrato”. Tal qual ocorrera na Alemanha com o aparecimento do BGB, o advento do novo Código Civil de 2002 impulsionou a reflexão acerca da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. Insta ressaltar, contudo, que o assunto não era desconhecido pela doutrina anterior. Sob a epígrafe de “adimplemento não-satisfatório”, por exemplo,

⁵ V.g. Cunha (2014); Gama; Araújo (2011); Haical (2010); Silva (2002); Steiner (2014).

Pontes de Miranda, em seu “Tratado de direito privado”, já fazia coro com o entendimento de Hermann Staub:

Os legisladores de todo o mundo, ao tratarem de impossibilidade e de não-adimplemento, não viam que faltava considerar-se o adimplemento, que ocorreu, porém não satisfez. O devedor não só está obrigado a prestar, mas sim a prestar de tal maneira que satisfaça. Se adimple de jeito que não baste, ou que cause dano, ou imponha despesas, satisfatoriamente não adimple. Nem se há de pensar em ser impossível a prestação: foi feita; nem em faltar o adimplemento: adimpliu-se a obrigação, ou, se não havia obrigação, adimpliu-se a dívida. [...] O devedor está obrigado pelo que resulte, em danos, do adimplemento insatisfatório, segundo os princípios que regem a constituição e a eficácia da mora [...] (MIRANDA, 1971, p. 165-166).

Obviamente, o panorama jurídico brasileiro posterior ao Código Civil de 2002 não se confunde com a situação normativa alemã pós-BGB. No Brasil, a tutela legal do inadimplemento se mostrou mais abrangente do que as rígidas categorias da impossibilidade e da mora originalmente previstas na Alemanha. Em linhas gerais, o novo Código Civil também optou por um tratamento dicotômico. De um lado, estabeleceu-se a mora para o caso do devedor que não efetua o pagamento no tempo, lugar e forma devidos (art. 394⁶). De outro lado, estipulou-se o inadimplemento absoluto para a hipótese em que o descumprimento obrigacional torna a prestação inútil para o credor (art. 389⁷ c/c art. 395, parágrafo único⁸,

6 Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (BRASIL, 2002).

7 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

8 Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos (BRASIL, 2002).

contrario sensu). Para além dessa bipartição, contudo, a legislação civil regulou uma série de vícios gerais⁹ e específicos¹⁰ que tangenciam o inadimplemento.

A amplitude da regulação do inadimplemento, entretanto, não impediu que a doutrina brasileira reconhecesse a utilidade residual da violação positiva do contrato na tutela dos deveres obrigacionais de proteção. Na definição de Jorge Cesa Ferreira da Silva, a violação positiva do contrato deve ser entendida no Brasil “como todo inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação” (SILVA, 2002, p. 272-273). No mesmo sentido, embora com pequenas variações na formulação, encontram-se as lições de Judith Martins-Costa¹¹, Carlos Roberto Gonçalves¹², Gustavo Luís da Cruz Haical¹³ e Cristiano Chaves de Farias com Nelson Rosenvald¹⁴. Ademais,

9 V.g. os vícios redibitórios (arts. 441 a 446) e a evicção (arts. 447 a 457).

10 V.g. no contrato de empreitada (art. 618) e no contrato de transporte (art. 754).

11 Para Judith Martins-Costa, “[q]uem iguala ou confunde os interesses à prestação (inclusivos da obrigação principal, dos deveres secundários e dos anexos) com os interesses à proteção, tenderá a considerar que a figura da violação positiva do contrato é inútil entre nós, pois o conceito de mora no Direito brasileiro é amplo (Código Civil, art. 394), englobando tempo, lugar e modo da prestação. Essa posição é equivocada, pois tempo, lugar e modo atinem à prestação (interesses à prestação), sejam principais, secundários ou anexos, e não diretamente aos interesses à proteção («deveres laterais»)). É a violação desses interesses que é apanhada pela noção de «violação positiva do contrato»” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 690).

12 Na explicação de Carlos Roberto Gonçalves, “[a] boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato. Esses deveres anexos ou secundários excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (como evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte) etc.” (GONÇALVES, 2014, p. 351).

13 Segundo Gustavo Luís da Cruz Haical, “[a] violação positiva do crédito é figura pertinente no Direito brasileiro, mas a sua aplicabilidade está centrada somente quando se der o descumprimento de deveres laterais de proteção à pessoa ou ao patrimônio do outro figurante da relação jurídica obrigacional. Esses deveres formam o interesse de proteção. Tais deveres, contudo, não estão totalmente desvinculados do interesse de prestação. Encontram-se vinculados de modo mediato” (HAICAL, 2010, p. 82).

14 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que “[a] lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada violação positiva do contrato. Cuida-se de uma terceira modalidade de inadimplemento das obrigações” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 516).

na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aprovou-se o Enunciado 24 nos seguintes termos: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

A teoria da violação positiva do contrato também tem ganhado espaço nas cortes brasileiras. Atualmente, dentre os julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais, é possível encontrar vários exemplos de aplicação do instituto. Nesse sentido, os acórdãos têm identificado violação positiva do contrato em casos como o da inobservância de deveres anexos pela operadora de plano de saúde (MINAS GERAIS, 2011), o da entrega de imóvel irregular ao adquirente (SÃO PAULO, 2017) e o da cobrança bancária em desconformidade com o dever de informar (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Na síntese de Anderson Schreiber:

Sem embargo das suas diversas acepções, a noção de violação positiva do contrato, em seus contornos fluidos, vem sendo aplicada pelas cortes brasileiras exatamente naquelas hipóteses em que, embora se verificando um comportamento do devedor correspondente à realização da prestação contratada, não se alcança, por alguma razão, a função concretamente atribuída pelas partes à regulamentação contratual (SCHREIBER, 2007, p. 14).

Percebe-se, portanto, que a violação positiva do contrato tem se consolidado no Brasil como uma espécie autônoma de inadimplemento. Doutrina e jurisprudência utilizam essa construção para preencher uma suposta lacuna legal, ainda que restrita, relativa ao descumprimento dos deveres obrigacionais não atrelados diretamente à prestação. Esse posicionamento tem o mérito de cobrir situações não previstas

literalmente na disciplina do inadimplemento do Código Civil de 2002. Não obstante, a elasticidade e a imprecisão da teoria evidenciam riscos de insegurança jurídica. Não existe consenso, por exemplo, sobre a necessidade de culpa para a configuração da violação positiva do contrato, tampouco sobre quais seriam as suas consequências no caso concreto. Nesse contexto, cumpre questionar se seria possível fornecer bases mais sólidas para as premissas protetivas da violação positiva do contrato. A análise dessa questão demanda uma breve digressão acerca da releitura contemporânea do direito das obrigações.

3 A OBRIGAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA DINÂMICA

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, observa-se a defesa de uma percepção dinâmica do fenômeno obrigacional. Trata-se de ideia definida por contraposição à compreensão estática de obrigação, que remonta ao *Corpus Iuris Civilis*. As Institutas, no Título 13 do Livro III, estabeleciam que “obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade” (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitalis iura*) (PEREIRA, C., 2017, p. 23). O conceito da *obligatio* romana foi resgatado na Idade Média e consagrado nas codificações oitocentistas. Essa visão estática, também chamada de clássica ou tradicional, é marcada pela leitura abstrata, estrutural e pretensamente neutra do vínculo obrigacional e centra-se em “uma noção que tem seu núcleo no poder de exigência do credor e na sujeição do devedor ao cumprimento do objeto da relação jurídica” (PEREIRA, F., 2017, p. 117).

Com o passar do tempo, esse enfoque sofreu diversas críticas

que denunciaram sua insuficiência e artificialidade. Firmou-se a preferência por uma perspectiva dinâmica, que considere a concretude, a complexidade e a funcionalidade do programa obrigacional¹⁵. De acordo com Menezes Cordeiro, essa nova concepção “traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma unidade composta” (CORDEIRO, 2015, p. 586).

A partir de uma perspectiva dinâmica, é possível decompor a relação obrigacional em deveres de prestação (primários, secundários ou anexos), deveres de proteção, faculdades, sujeições, ônus, exceções, entre outros elementos¹⁶. Esses vários componentes da obrigação, embora distintos, encontram-se funcionalmente ordenados, polarizados no sentido do adimplemento. Como consequência, a análise da relação jurídica balizada na complexidade intraobrigacional permite compreender cada um dos elementos que compõem o vínculo, bem como o modo de conformação existente entre eles. Como sustentado por Almeida Costa, “a obrigação ou relação obrigacional como um sistema, organismo ou processo, encadeado e desdobrado em direção ao adimplemento, à

15 No mesmo sentido, Judith Martins-Costa menciona a transição de uma análise externa para uma análise interna das relações obrigacionais: “Expliquemo-nos: a análise externa, ou classificação extrínseca das relações obrigacionais, centrada no método tradicional, percebe a relação obrigacional tão-somente como um vínculo estruturado sobre dois pólos (credor e devedor), ligados pelos co-respectivos direitos e deveres. Para uma tal análise, o mais relevante é descrever os “elementos constitutivos” da relação”, visualizados *in abstracto*: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (a prestação, o dar, fazer ou não-fazer), os requisitos legais e os elementos acidentais, quando ocorrentes. A análise interna, diversamente, está centrada na noção de adimplemento como atuação concreta do programa obrigacional, podendo-se mesmo falar desse programa como “programa de cumprimento”” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 4).

16 Na síntese de Menezes Leitão, “[c]onclui-se que a obrigação constitui no fundo uma relação complexa, onde se encontra algo mais que a simples decomposição dos seus elementos principais como o direito à prestação e o dever de prestar. Abrange ainda deveres acessórios, sujeições, poderes ou faculdades e exceções. Fala-se nestes casos em “relação obrigacional complexa”. Através desta expressão, a doutrina faz referência ao facto de uma obrigação não poder ser reconduzível estruturalmente apenas aos elementos do direito de crédito e do dever de prestação, mas incluir também um conjunto de situações jurídicas que se unem num fim que é a realização do próprio interesse do credor, sendo este o fim da obrigação” (LEITÃO, 2010, p. 126).

satisfação do interesse credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica.” (COSTA, 2016, p. 75).

No contexto brasileiro, deve ser destacada a importância do pensamento de Clóvis do Couto e Silva para a consagração de uma perspectiva dinâmica do fenômeno obrigacional. Em sua obra “*A obrigação como processo*”, o autor sustenta que “a relação obrigacional [...] se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento” (SILVA, 2006, p. 17). A satisfação do credor revela-se como ponto a dar unidade ao complexo sistema obrigacional. Para seu alcance, no entanto, podem ser visualizadas diferentes contingências que não podem ser apreciadas de maneira apartada, sem tomar em consideração a totalidade com a qual se encontram relacionadas. No curso desse processo, o autor destaca a importância da boa-fé objetiva, que vem a conformar o comportamento das partes inseridas em uma relação obrigacional (SILVA, 2006, p. 169).

A boa-fé objetiva possui papel de destaque no contexto da releitura contemporânea do direito obrigacional. Enquanto padrão social inspirado na confiança, a boa-fé objetiva deve sua sistematização à jurisprudência comercial alemã desenvolvida com base na figura dos juramentos de honra¹⁷. Hodiernamente, o princípio da boa-fé objetiva permite uma constante atualização do outrora reputado imutável direito das obrigações. No direito brasileiro, observa-se hoje uma profícua aplicação da boa-fé objetiva, lastreada principalmente nas disposições do art. 113¹⁸, do art. 187¹⁹ e do art. 422²⁰ do Código Civil de 2002. No

17 Cf. Pereira (2013).

18 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (BRASIL, 2002).

19 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

20 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

entanto, tal qual verificado em outros ordenamentos jurídicos, a “autêntica paixão pelo seu potencial transformador vem ensejando invocações por vezes excessivas” (SCHREIBER, 2007, p. 4).

Dessa forma, deve-se evitar uma indesejada “mitificação”²¹ no tratamento dado ao princípio da boa-fé objetiva.

No direito contratual, a doutrina identifica comumente três funções operacionalizadas pela boa-fé objetiva: a função interpretativa, a função limitativa e a função integrativa²². A função interpretativa diz respeito à utilização da boa-fé como baliza hermenêutica dos negócios jurídicos. A função limitativa, por sua vez, refere-se ao uso da boa-fé objetiva no controle do exercício inadmissível de posições jurídicas. A função integrativa, por fim, tangencia a identificação de deveres obrigacionais decorrentes do *standard* comportamental estabelecido pela cláusula geral. Em linhas gerais, esses deveres complementam o vínculo obrigacional, sem prejuízo do exercício da autonomia negocial das partes contratantes. Não há consenso, contudo, quanto ao alcance prático e quanto à classificação desses deveres heterônomos.

No direito brasileiro, entre diversos entendimentos doutrinários, destaca-se a proposta de Judith Martins-Costa. Esta autora sistematiza os deveres obrigacionais gerados pela boa-fé objetiva em duas espécies:

21 Sobre o tema, Menezes Cordeiro pontua que “[a] boa fé sofre, na actualidade, as consequências do divórcio entre os discursos metodológicos oficiais e a dogmática jurídica. E de modo agravado: noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas e objeto de utilização alargada, embora de contornos pouco conhecidos, ela presta-se, por excelência, a desenvolvimentos verbais, numa aporética dominada por uma linguagem grandiloquente e vazia de conteúdo. Há uma mitificação da boa fé” (CORDEIRO, 2015, p. 41).

22 Antonio Junqueira de Azevedo associa tais funções ao direito pretoriano: “[...] a regra da boa-fé tem funções que chamo de “pretorianas” em relação ao contrato. O chamado “direito pretoriano”, no direito romano, foi aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir, e corrigir o direito civil. Havia o direito civil estrito (direito civil mais rigoroso); o direito pretoriano veio *adjuvandi*, *supplendi*, *velcorrigendi juris civilis gratia*. Essa mesma triplíce função existe para a cláusula geral da boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*. Esse é o papel da cláusula geral de boa-fé na fase estritamente contratual” (AZEVEDO, 2017, p. 7).

os deveres anexos e os deveres de proteção. Os deveres anexos estão instrumentalmente vinculados aos interesses de prestação. Eles atuam para otimizar o adimplemento satisfatório conforme o fim da relação obrigacional. “São deveres que não atinem ao «que» prestar, mas ao «como» prestar” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 222). Os deveres de proteção, por outro lado, estão ligados aos interesses de preservação das partes. Seu escopo é implementar uma ordem de proteção entre as partes de forma que, “independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 224). Exemplificativamente, a necessidade de informar o comprador das qualidades da coisa vendida corporifica um dever anexo, enquanto o imperativo de sinalizar o piso molhado em um supermercado consubstancia um dever de proteção (MARTINS-COSTA, 2015, p. 223, 226).

O reconhecimento dos referidos deveres laterais ligados à boa-fé objetiva – independentemente do modo como são sistematizados e apresentados – tem acentuada importância na relação obrigacional vista em sua complexidade. Como assinalado, a obrigação nasce e desenvolve-se no sentido do adimplemento. Nesse percurso, revela-se necessária a atenção aos deveres originados da cláusula geral, que atua na imposição de um determinado padrão de comportamento. Assim, o reconhecimento da função integrativa da boa-fé objetiva está intimamente relacionado com a ideia de totalidade ou complexidade intraobrigacional. Estas expressões definem o diagnóstico doutrinário de que a obrigação não se resume ao mero dar, fazer ou não fazer objeto da prestação. Pelo contrário, o vínculo obrigacional é composto por um amálgama de situações jurídicas²³, que, por sua vez, estão permeadas pela necessária

23 Como assinala Karl Larenz, “[I]a relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas

submissão à concreção dos deveres laterais. Sobre a boa-fé objetiva e sua relação com o processo obrigacional, assinala Clóvis do Couto e Silva:

Da concreção deste princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal (SILVA, 2006, p. 169).

Observa-se, portanto, que o adimplemento representa hoje a confluência de interesses socialmente relevantes, que legitimam e orientam o vínculo obrigacional. A perspectivação da relação obrigacional em torno da necessidade de cumprimento de todo o programa contratual, incluídos aqui os deveres laterais adstritos à boa-fé objetiva, implica na necessidade de revisar a tutela brasileira do adimplemento e do inadimplemento. A imperiosa preservação da confiança e da cooperação entre as partes relaciona-se diretamente com o instituto da violação positiva do contrato, que, por sua vez, busca conformar os comportamentos do devedor e do credor no decurso do processo de cumprimento de uma obrigação. Importa, assim, que sejam analisados os reflexos dessa nova concepção de obrigação no âmbito do cumprimento e descumprimento da relação obrigacional.

4 O (IN)ADIMPLEMENTO REVISITADO

A perspectivação dinâmica da obrigação impactou

determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y “situaciones jurídicas”, pero no es la suma de aquéllos. Es, más bien, un todo, un conjunto (“Gefüge”)” (LARENZ, 1958, p. 38).

consideravelmente a teoria do adimplemento e, conseqüentemente, a teoria do inadimplemento. A compreensão clássica é centrada e restrita à prestação obrigacional. Tradicionalmente, portanto, adimplemento e inadimplemento correspondem ao cumprimento ou ao descumprimento do dar, fazer ou não fazer devido. A compreensão firmada nos últimos tempos, por outro lado, considera não apenas a efetivação da prestação, mas também o atendimento concreto aos interesses do credor, do devedor e eventualmente de terceiros.

Nas palavras de Anderson Schreiber, observa-se hoje uma tríplice transformação do adimplemento, em seus aspectos temporal, consequencial e conceitual²⁴. Na alteração temporal, o adimplemento passa a ser considerado um processo diferido no tempo, abrangendo também o comportamento das partes contratantes antes e depois do vencimento. Essa evolução é bem ilustrada pelo instituto do inadimplemento antecipado (*anticipatory breach of contract*)²⁵. Quanto à modificação consequencial, afirma-se que a mera efetivação da prestação não exonera o devedor. Este poderá continuar vinculado em virtude da pós-eficácia obrigacional. Além disso, reconhece-se que a falha na prestação não autoriza por si só a resolução pelo credor. Pelo contrário, tendo em vista os princípios da conservação dos contratos e da primazia da tutela específica, deve-se primeiramente buscar remédios mais brandos que a resolução. Dessa forma, a resolução contratual deixa

24 Como explica Anderson Schreiber, “[e]xaminando sob estas novas lentes a noção de adimplemento (e, por conseguinte, de inadimplemento), identifica-se uma genuína transformação, que se pode, por razões didáticas, examinar sob três aspectos distintos: (i) temporal; (ii) conceitual; e (iii) consequencial. Em outras palavras, alteram-se o momento de verificação do adimplemento (tempo), as condições para sua configuração (conceito em sentido estrito) e os efeitos que dele decorrem (conseqüências). Em cada um destes aspectos, pode-se constatar a presença de novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva [...]” (SCHREIBER, 2007, p. 7).

25 Segundo Fortunato Azulay, a doutrina do *anticipatory breach of contract* preconiza “que, se um dos contraentes revela, por atos ou palavras peremptórias e inequívocas, a intenção de não cumprir a sua prestação, diferida a tempo certo, pode a outra parte considerar esse comportamento como inadimplência contratual” (AZULAY, 1977, p. 101).

de ser uma faculdade do credor para consubstanciar uma *ratio extrema* cuja aplicação demanda justificação. Com a mudança conceitual, por fim, alteram-se as condições para a configuração do adimplemento e do inadimplemento. Ao invés de uma análise simplista do cumprimento ou descumprimento da prestação, cumpre realizar uma verificação concreta e funcional da satisfação dos legítimos interesses envolvidos. Nesse ponto, por exemplo, insere-se a figura do adimplemento substancial (*substancial performance*)²⁶.

Nesse contexto, portanto, faz-se necessária uma reformulação ampliativa da noção de adimplemento e de inadimplemento obrigacional. Hodiernamente, o adimplemento pode ser redefinido como “o cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizerem instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 96). Da mesma forma, uma visão atualizada do inadimplemento deve ser construída a partir do reconhecimento da dinamicidade, da complexidade e da funcionalidade do vínculo obrigacional.

No Brasil, para compensar o anacronismo legislativo, doutrina e jurisprudência têm apostado na violação positiva do contrato. Assim, prevalece o entendimento de que o inadimplemento absoluto e a mora, tal qual previstos no Código Civil de 2002, referem-se tão somente aos interesses diretamente ligados à prestação. Nessa linha, para a tutela dos interesses vinculados apenas indiretamente à prestação, invoca-se a violação positiva do contrato com supedâneo na boa-fé objetiva. Esse

26 Na definição de Eduardo Luiz Bussatta, a teoria do adimplemento substancial funciona “como limite ao direito formativo extintivo à resolução dos contratos, de forma que esta somente se justifica se o inadimplemento for grave, de relevância e importância, retirando, assim, o interesse na contratação” (BUSSATTA, 2007, p. 127).

raciocínio, não obstante suas vantagens práticas, apresenta uma distorção sistêmica. É que o inadimplemento absoluto e a mora continuam presos a uma perspectiva obrigacional estática, enquanto a violação positiva do contrato corporifica isoladamente as novas tendências do direito das obrigações. Na lição de Anderson Schreiber:

Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422). Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento (SCHREIBER, 2007, p. 15).

Em outras palavras, a manutenção da violação positiva do contrato como mecanismo autônomo de tutela dos deveres de proteção perde sentido diante da constatação de que o pagamento não se resume à prestação principal. Propõe-se, portanto, a reavaliação do enquadramento da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. Ao invés de consubstanciar uma terceira espécie de inadimplemento, os incrementos protetivos da teoria da violação positiva do contrato podem ser assimilados pela ampliação do conceito de inadimplemento absoluto e mora para

além da mera prestação. Destarte, o inadimplemento absoluto incluiria qualquer violação obrigacional que esvaziasse o legítimo interesse do credor, enquanto a mora abrangeria qualquer descumprimento que não afastasse por completo a utilidade da obrigação.

CONCLUSÃO

No direito brasileiro, percebe-se uma cisão entre os mecanismos de tutela dos interesses à prestação (inadimplemento absoluto e mora) e os instrumentos de preservação dos interesses à proteção (violação positiva do contrato). Sob uma perspectiva dinâmica, entretanto, a obrigação consubstancia um conjunto indissociável de deveres de prestação e deveres de proteção. Nesse contexto, apresenta maior coerência sistêmica a assimilação da violação positiva do contrato pela atualização ampliativa das tradicionais figuras do inadimplemento. Tal raciocínio é viabilizado pela maleabilidade das previsões legais do Código Civil de 2002 e pela reformulação conceitual do (in)adimplemento.

Nesse sentido, o inadimplemento absoluto pode ser revisto para abranger qualquer violação obrigacional - direta ou indiretamente vinculada à prestação - que esvazie o legítimo interesse do credor. Da mesma forma, a mora pode ser relida para alcançar qualquer descumprimento obrigacional - direta ou indiretamente vinculado à prestação - que não afaste por completo a utilidade da obrigação. Assim, ao invés de modalidade autônoma de descumprimento contratual, propõe-se o enquadramento da violação positiva do contrato como elemento geral da teoria do inadimplemento que subsidia a percepção da realidade obrigacional para além do mero prestar.

Do ponto de vista prático, esse enfoque permite que o resguardo

dos bens patrimoniais e extrapatrimoniais dos contratantes deixe de pertencer ao instituto autônomo da violação positiva do contrato e passe a integrar a estrutura do inadimplemento absoluto e da mora. Dessa forma, a tutela dos interesses obrigacionais à proteção, hoje baseada exclusivamente na boa-fé objetiva e em interpretações analógicas, poderá contar com o arcabouço normativo tradicionalmente aplicado na defesa dos interesses obrigacionais à prestação. Exemplificativamente, o descumprimento dos deveres de proteção poderá ensejar, conforme o caso, as repercussões já assentadas para o caso de inobservância dos deveres de prestação (perdas e danos, juros, atualização monetária, honorários de advogado, oponibilidade de exceção do contrato não cumprido, faculdade de resolução contratual etc.).

De certo modo, é possível resgatar, no direito brasileiro atual, as críticas elaboradas por Heinrich Stoll contra a teorização original de Hermann Staub. Não no viés de afastar a problematização introduzida pela violação positiva do contrato - que revelou incontestável valor desde sua origem -, mas sim no sentido de questionar a necessidade da violação positiva do contrato enquanto uma terceira espécie de inadimplemento em face de uma compreensão expandida do fenômeno obrigacional.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos**. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/l5/centro_rec/docs/Insuficiencias_deficiencias_e_desatualizacao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

AZULAY, Fortunato. **Do inadimplemento antecipado do contrato**.

Rio de Janeiro: Brasília, 1977.

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: 5 jul. 2017.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. Cumprimento defeituoso: conceito, pressupostos e comparativo com a violação positiva do contrato. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, ano 10, n. 57, p. 81-95, jun./jul. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ARAUJO, Karina Gomes Alves Fernandes de. A violação positiva do contrato nas relações paritárias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 107, v. 414, p. 125-149, jul./dez. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 900, p. 45-84, out. 2010.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Tradução de Jaime Santos

Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1.0707.08.167561-3/001**. Apelante: Unimed Paulistana Soc. Coop. Trab. Médico. Apelado: Unimed Varginha – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Desembargador Pereira da Silva. Belo Horizonte, 2 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Fabio Queiroz. O direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 9-28, dez. 2013.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71006750467**. Recorrente: Clara Nicolassia de Campos Oldani. Recorrido: Banco Itaú. Relator Juiz Roberto Behrendorf Gomes da Silva. Porto Alegre, 7 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1049600-35.2016.8.26.0576**. Apelante: Patrícia da Silva Bernardes. Apelada: MRV Engenharia e Participações S/A. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. São Paulo, 17 de maio de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 3-27, out. 2007.

SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Como citar: ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.258-282, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p258. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 19/08/2017

Aprovado em: 22/02/2018

O ACORDO DA OMC SOBRE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (ITA) E SUA EXPANSÃO (ITA II): MULTILATERALIZAÇÃO DO REGIONALISMO

WTO'S INFORMATION TECHNOLOGY AGREEMENT (ITA) AND ITS EXPANSION (ITA II): MULTILATERALIZING REGIONALISM

Camilla Capucio*
Fernanda de Araújo Kallas e Caetano**

Como citar: CAPUCIO, Camilla; KALLAS E CAETANO, Fernanda de Araújo. O Acordo da OMC sobre Tecnologia da Informação (ITA) e sua expansão (ITA II): multilateralização do regionalismo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 283-313, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p283. ISSN: 2178-8189

* Doutora em Direito em 2014 pela Universidade de São Paulo (USP).
Mestre em Direito em 2010 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Graduada em Direito em 2008 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Email: ccapucio@usp.br

**Doutora em Direito em 2015 pela Pontifícia Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).
Mestre em Direito em 2006 pela Université Panthéon-Assas (Paris, França).
Especialista em Direito em 2004 pela Université Panthéon-Assas (Paris, França).
Graduada em Direito em 2002 pela Faculdades Milton Campos (FMC).
Email: fernandakallas@hotmail.com

Resumo: Tendo em vista o contexto da relação entre o multilateralismo e o regionalismo, a celebração de acordos plurilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio, abertos à participação dos membros interessados, oferece uma perspectiva de multilateralização do regionalismo, na qual os benefícios dos consensos parciais podem ser estendidos à esfera multilateral. O ITA (Information Technology Agreement) – Acordo sobre Tecnologia da Informação é citado como exemplo desta possibilidade, e sua expansão, por meio da

criação do ITA II, demonstra o fortalecimento desta tendência de multilateralização do regionalismo, embora com características especiais. Assim, o artigo se desenvolve buscando contextualizar e introduzir a temática do regionalismo e do multilateralismo, para em seguida apresentar a teoria da multilateralização do regionalismo e o ITA como uma dessas experiências, e a sua recente expansão como uma retomada da relevância de tal teoria. Diante dos impasses para conclusão da Rodada de Doha, a expansão desses consensos parciais e a continuidade das negociações na Organização Mundial do Comércio por meio da celebração de acordos plurilaterais setoriais tem se apresentado como uma possível saída, o que demanda uma rearquitetura da interpretação do papel da OMC na governança econômica global.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio (OMC). Multilateralização do regionalismo. Acordos regionais de comércio. Acordo sobre tecnologia da informação (ITA). Acordos plurilaterais.

Abstract: Bearing in mind the complex context of the relationship between multilateralism and regionalism, the conclusion of plurilateral agreements within the WTO, open to participation of all interested members, offers a multilateral perspective of regionalism, in which the benefits of partial consensus are to

be extended to the multilateral sphere. The ITA - Information Technology Agreement - is mentioned as an example of this possibility, and its recent expansion, through the negotiation of the ITA II, demonstrates the strengthening of this multilateralisation trend of regionalism, although with special features. Thus, this article is developed drawing the context and introduction of the theme of regionalism and multilateralism, and presents the theory of multilateralisation of regionalism and the ITA as one of those experiences, and its recent expansion as a resumption of the relevance of this theory. Considering the impasses for the conclusion of the Doha Round, the expansion of these partial consensus and the continuation of negotiations at the World Trade Organization by the conclusion of sectoral plurilateral agreements emerges as a possible way out, which demands a re-architecture of the interpretation of the role of the WTO in the global economic governance.

Key-words: World Trade Organization (WTO). Multilateralizing regionalism. Regional trade agreements. Information Technology Agreement (ITA); Plurilateral agreements.

INTRODUÇÃO

Na Reunião Ministerial de Nairobi foi noticiada a celebração de um acordo no âmbito da OMC com o intuito de redução tarifária de produtos tecnológicos - o ITA (Information Technology Agreement) - em relação ao qual o Brasil permaneceu apartado, não sem a crítica de diversos setores nacionais.

Na realidade, o que ocorreu em julho de 2015 foi a expansão de um acordo pré-existente, que completa neste ano duas décadas de existência, e que pode indicar a expansão de uma tendência identificada há alguns anos pela doutrina: o fenômeno de multilateralização do regionalismo, no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

O regionalismo é um fenômeno inegável e crescente das relações econômicas internacionais, que se desenvolve em um contexto de multilateralismo econômico norteado pelo sistema GATT-OMC. Neste contexto, surgiu a teoria da multilateralização do regionalismo, teoria que busca reconhecer a possibilidade de apropriação multilateral dos compromissos alcançados em âmbitos regionais.

O acordo sob análise é um exemplo desta multilateralização do regionalismo, e, portanto, merece um estudo sobre sua expansão e concretização no comércio internacional, a partir da contextualização de sua existência e significado, tendo em conta a complexa relação entre as perspectivas multilateral e regional de liberalização comercial.

1 CONTEXTO DA DISCUSSÃO: REGIONALISMO X MULTILATERALISMO

Não é recente a preocupação de estudiosos com o futuro do sistema multilateral, tendo em vista a proliferação dos Acordos Regionais

de Comércio - também denominados Acordos Preferenciais de Comércio. Contudo, a percepção de que a formação de tais acordos tem acontecido de maneira livre e sem nenhuma ou com pouquíssima regulamentação efetiva tem levado a maioria da doutrina a vislumbrar uma inversão nas relações econômicas internacionais, na qual o regionalismo perde seu caráter de exceção, constituindo-se como uma regra, em potencial ameaça ao multilateralismo.

Tal inversão foi reconhecida, por exemplo, no relatório acerca do futuro da OMC - denominado *Sutherland Report*, em referência ao seu coordenador¹ -, como um dos principais desafios institucionais da organização no novo milênio:

Yet nearly five decades after the founding of the GATT, MFN is no longer the rule; it is almost the exception. Certainly, much more trade between the major economies is still conducted on an MFN basis. However, what has been termed the “spaguetti bowl” of custom unions, common markets, regional and bilateral free trade areas, preferences and an endless assortment of miscellaneous trade deals has almost reached the *point where MFN treatment is exceptional treatment. Certainly the term might now be better defined as LFN, Least-Favored-Nation treatment. Does it matter? We believe it matters profoundly to the future of the WTO* (SUTHERLAND et al., 2004, p. 19).

De fato, o aumento vertiginoso de tais acordos promove um verdadeiro esvaziamento da regra básica existente desde os tempos do GATT 1947, estando a OMC, na realidade atual, diante de um sistema de comércio mundial distante da visão dos arquitetos do GATT.

¹ O relatório foi elaborado pelo conjunto de autores de peso formado por Peter SUTHERLAND, Jagdish BHAGWATI, Kwesi BOTCHWEY, Niall FITZGERALD, Koichi HAMADA, John JACKSON, Celso LAFER e Thierry DE MONTBRIAL.

A fraca disciplina do tema, a dificuldade em se atingir um consenso, e o interesse de grande parte dos Estados membros em deixar a temática apartada das discussões multilaterais contribuem para a erosão da não-discriminação no comércio internacional. Ademais, o efeito dominó, que causa um processo de ação e reação em que a criação de mecanismos discriminatórios por um país é acompanhada por uma reação da mesma natureza por outros países, teria tornado esta erosão irreversível (FIORENTINO; VERDEJA; TOQUEBOEUF, 2007, p. 13).

Não obstante seja inegável a atual inversão entre regra e exceção no tocante à regra da Nação Mais Favorecida, que teria se tornado a “regra da nação menos favorecida”, há uma divergência tradicional na doutrina, entre os estudiosos que acreditam serem os fenômenos do multilateralismo e do regionalismo caminhos diversos, e entre aqueles que opinam pela possibilidade de aproveitamento de um pelo outro.

Ambas as correntes pugnam, entretanto, por uma postura mais ativa da OMC, sob pena de seu esvaziamento e comprometimentos graves ao futuro da organização.

Embora haja uma pluralidade de perspectivas e peculiaridades da discussão entre os autores sobre a relação entre o sistema multilateral e o regionalismo, a temática sofreu uma polarização tradicional sob as facetas do antagonismo e da complementariedade entre ambos. A teoria multilateralização do regionalismo, de outro modo, se apresenta como novo paradigma tendente a conciliar essas perspectivas em oposição.

Em resumo dos argumentos econômicos, o antagonismo entre ambos os fenômenos decorreria, economicamente, do fato do regionalismo constituir sempre a “segunda melhor opção”, pois necessariamente levaria a escolhas de fornecedor menos vantajosas em algum setor ou produto, e poderia prejudicar o fluxo do comércio internacional que existiria na

ausência do acordo, caso o volume de desvio de comércio supere o de criação de comércio (SCHOTT, 2008).

Adicionalmente, constata-se a existência de um emaranhado de acordos, com regimes regulatórios diferentes e frequentemente conflitantes entre si, ameaçando os princípios da transparência e previsibilidade no comércio internacional (FIORENTINO; VERDEJA; TOQUEBOEUF: 2007, p. 26), bem como causando o aumento dos custos de transação através dessa complexa arquitetura. Bhagwati (1996), ao tratar desse fenômeno, cunhou o famoso termo *spaghetti bowl*, em referência ao emaranhado de regulamentações comerciais sobrepostas e inconsistentes entre si.

Ademais, afirma-se que os Acordos Regionais de Comércio podem desviar a atenção das negociações multilaterais, por motivos de recursos financeiros e humanos limitados destinados a negociações comerciais, e por razão de mudança de foco e perda de interesse político no sistema multilateral (FIORENTINO; VERDEJA; TOQUEBOEUF, 2007, p. 11). Por fim, não se pode ignorar que o tratamento de temas “sensíveis” pelos sistemas regionais pode prejudicar o consenso nas regras do comércio multilateral.

Sob a perspectiva de compatibilidade entre os fenômenos, por outro lado, tem-se o fato de compartilharem o objetivo de liberalização, e assim, os Acordos Regionais ao promoverem cortes no nível de tarifas favoreceriam o caminho ao livre comércio, fim precípua do sistema multilateral (BERGSTEN, 1997).

Ademais, os arranjos regionais com frequência aprofundam os compromissos já acordados, ou incluem compromissos em áreas ainda não abrangidas pelas obrigações da OMC. O estabelecimento de

compromissos mais profundos - *WTO-plus*², e de compromissos que ultrapassam as áreas atualmente disciplinadas- *WTO-extra*³ (HORN; MAVROIDIS; SAPIR, 2009), pode ser interpretado como antecedente positivo às negociações multilaterais (CEPAL, 2001, p. 210).

Após décadas de debate na doutrina, recentemente tem prevalecido a ideia de que os argumentos de incompatibilidade ou compatibilidade devem ser mensurados empiricamente, a partir das especificidades dos respectivos Acordos.

A este respeito, observe-se a conclusão de estudo da CEPAL (2001, p. 211):

Se puede medir cuán cerca o lejos está el regionalismo del proceso multilateral a partir de dos condiciones: i) la profundidad del proceso, es decir, la extensión y la amplitud de las normativas acordadas entre los miembros del grupo, y ii) la capacidad de inclusión de nuevos miembros. Los conceptos de regionalismo profundo y regionalismo abierto reflejan los desafíos que se plantean a los países de las dos regiones analizadas para lograr una mejor inserción internacional. Empero, estos conceptos no deben ser encarados como normativos, sino como operacionales. El primero se refiere al grado de soberanía en materia de política económica que los gobiernos están dispuestos a sacrificar en aras de la armonización de las políticas nacionales a escala regional y multilateral. El segundo concepto apunta al tipo de relación que debe establecerse con los países no pertenecientes a los acuerdos preferenciales.

Assim, as discussões contemporâneas acerca da temática afastam-se das análises econômicas focadas em criação e desvio

2 A expressão *WTO-plus* é utilizada na doutrina em referência a Acordos que tratam de temas previstos na OMC, mas estabelecem compromissos mais onerosos que a disciplina do sistema multilateral.

3 A expressão *WTO-extra* é utilizada na doutrina em referência a Acordos que tratam de temas ainda não disciplinados pelo sistema multilateral.

dos fluxos de comércio e aproximam-se das análises empíricas dos respectivos acordos, focando na natureza e amplitude dos compromissos objeto de cada acordo, e dos interesses estratégicos dos membros em ampliar seus marcos regulatórios ao ambiente multilateral (BADIN, 2012; THORSTENSEN *et al.*, 2013).

2 ATUAL ESTÁGIO DA DISCUSSÃO: O PAPEL ESTRATÉGICO DOS ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO COMO PARADIGMA DE REGULAÇÃO

As análises mais recentes comungam da percepção de que, diante das novas complexidades do regionalismo no século XXI, as iniciativas de regionalismo atuais buscam preencher o espaço de regulamentação de temas deixados pelo congelamento da Rodada de Doha. Dessa maneira, a sistemática de negociação passa a circular não mais em função de barganhas para o acesso a mercados através de cortes tarifários, mas em torno da capacidade de expansão de modelos regulatórios.

Isto pois a revolução tecnológica-informacional-comunicacional teria promovido verdadeira internacionalização das cadeias produtivas, que trouxe a imbricação entre (i) o comércio; (ii) os investimentos e (iii) os serviços ao centro do comércio internacional. Essa nova configuração exige normas complexas para sua regulação, que abarquem tais temáticas (BALDWIN, 2011, p. 5).

Assim, a sistemática de negociação – regional ou multilateral – e os seus interesses centrais passam a circular não mais em função de barganhas para o acesso a mercados através de cortes tarifários, mas em torno da capacidade de expansão do modelo regulatório ao qual um polo já esteja vinculado.

De modo semelhante, Thorstensen (2011) propõe uma visão integrada da regulação do comércio global, que passaria por uma análise transversal das dimensões normativas relacionadas ao comércio internacional, o que promoveria uma melhor compreensão dos efeitos cruzados entre o sistema multilateral-plurilateral, os sistemas preferenciais, e os sistemas nacionais de comércio externo.

A autora não ignora a relevância central de uma análise cuidadosa e de mapeamento dos acordos preferenciais negociados por um certo parceiro, uma vez que a concentração de países com acordos em torno de um eixo evidencia padrões de regras que depois serão levadas às instâncias multilaterais. E, assim, se um número significativo de países adotarem certo modelo regulatório, o grau de liberdade possível para a negociação multilateral ou a posterior inclusão de outros países no grupo tende a ser limitada (THORSTENSEN, 2011, p. 98).

Diante da tendência à formação desses acordos capitaneados por atores econômicos centrais - Estados Unidos e União Europeia - como meio de forçar a regulamentação doméstica nos Estados menos desenvolvidos, a normatividade que hoje parece diluída tende a se cristalizar, exatamente devido à tipologia dos compromissos abarcados, que importam implicações jurídico-institucionais domésticas duradouras (CAPUCIO, 2014).

Neste contexto, a celebração de Acordos plurilaterais, tal como o ITA e sua recente expansão, demandam cuidadosa atenção por parte dos estudiosos. Para uma melhor compreensão de seu significado no contexto mais amplo, contudo, faz-se necessário o estudo acerca da multilateralização do regionalismo e de seu significado para a reconfiguração do papel da OMC na atualidade.

3 A MULTILATERALIZAÇÃO DO REGIONALISMO: FUNDAMENTOS

Em julho de 2006, Richard Baldwin apresentou na *World Economy Annual Lecture* trabalho denominado *Multilateralizing Regionalism: Spaguetti bowls as building blocs on the path to Free Trade*, posteriormente publicado em diversas revistas especializadas. Referido trabalho, que segundo o autor foi resultado de suas pesquisas desenvolvidas desde a década de 1980, propõe uma nova abordagem da relação entre o sistema multilateral e o regionalismo (BALDWIN, 2006).

Referida abordagem partia da premissa de que, considerando o alastramento dos Acordos Regionais de Comércio nos últimos anos, e o papel central de blocos consolidados como a União Europeia, MERCOSUL, NAFTA e APEC na economia internacional, o fenômeno do regionalismo constitui realidade das relações internacionais, que não pode ser negada ou evitada, mas deve ser melhor aproveitado para a geração de benefícios em processos multilaterais.

Assim, uma vez ultrapassada a tradicional oposição “regionalismo *versus* multilateralismo”, Baldwin releva a necessidade de implementação de um novo paradigma de “regionalismo multilateralizante”, cuja agilidade na harmonização de regras e obtenção de resultados compartilhados pelos Estados-membros seria capaz de fortalecer e aprofundar a liberalização multilateral do comércio.

O autor pretendia, portanto, desenvolver estratégias para a multilateralização do regionalismo existente e emergente, pois parte dos teóricos havia se perdido na discussão do dualismo entre os acordos regionais e a OMC.

Segundo sua análise, em uma perspectiva histórica, as políticas

econômicas liberalizantes e a emergência do regionalismo tem se concretizado em efeito dominó, uma vez que os efeitos de um Acordo Regional sob a economia de Estados não membros tende à levá-los também à uma adesão ao Acordo ou à liberalizações regionais próprias.

Como forma de densificar os compromissos comerciais existentes nesses grandes blocos, o autor propõe, como medidas multilateralizantes, medidas que promovam uma harmonização das regras de setores do comércio internacional, a partir de arranjos regionais já existentes.

Segundo o autor, o emaranhado de obrigações comerciais, denominado de síndrome do *spaghetti bowl*, se traduz concretamente em duas características básicas e inter-relacionadas: (1) regras de origem diferentes e não harmonizadas, e (2) cumulação bilateral.⁴ Será, portanto, sob esses dois elementos que deverão recair as medidas multilateralizantes, tendentes a “domar” o emaranhado de acordos.

As regras de origem podem ser entendidas, de forma mais pragmática, como regimes internos que os Acordos Regionais devem adotar, para certificar-se que apenas membros se beneficiem da redução de tarifas promovida pelo acordo, prevenindo dessa forma que outros países tirem vantagens das diferenças tarifárias criadas (JENSEN-MORAN, 1996, p. 1).

A regras de origem têm sido uma preocupação primária dos autores, negociadores e participantes do comércio internacional, vez que costumam funcionar como instrumentos de proteção disfarçada à determinados setores, pois podem onerar insumos intermediários importados ao bloco, afetando a relação de preços e a competitividade

⁴ É frequente também o uso da palavra acumulação para designar exatamente o mesmo mecanismo que explicamos no trabalho.

entre produtos no interior do bloco (KRISHNA, 2005).

Assim, regras de origem muito restritivas podem causar um efetivo aumento do protecionismo face a insumos oriundos de terceiros países não membros do Acordo, ainda que as tarifas externas não tenham sido alteradas (HOEKMAN; KOSTECKI, 1995, p. 227). E, simultaneamente, incentivar o comércio de insumos de fontes no interior do bloco, ainda que estas sejam menos eficientes economicamente, como explica a autora:

ROO can also provide an incentive for regional producers to buy intermediate goods from regional sources, even if their prices are higher than those of the identical import from outside the F T A, in order to make their product “originate” in the F T A and qualify for preferential treatment. This, in effect, protects F T A suppliers.” (KRISHNA, 2005, p. 4).

As regras de origem são frequentemente utilizadas de forma estratégica, de modo a resguardar determinados setores dos efeitos da formação de um Acordo Regional (KRISHNA, 2005, p. 6). De fato, regras de origem podem ser instrumentos de seletividade, com os adicionais problemas de falta de transparência e aumento nos custos de transação (DEVLIN; ESTEVADEORDAL, 2001, p. 43).

Retomando o raciocínio de Baldwin, a existência de um emaranhado complexo de Acordos Regionais, já identificado como síndrome do *spaguetti bowl*, se caracteriza pela existência de regras de origem diferentes e não harmonizadas, consequência dos interesses específicos de grupos de pressão influentes em cada economia nacional (BALDWIN, 2006, p. 1471).

Embora seja notável a importância das regras de origem,

essenciais à toda a dinâmica preferencial dos arranjos regionais, tendo em conta o efeito de distorção que elas podem gerar, as regras de origem deveriam ser cuidadosamente negociadas, e principalmente monitoradas, pelo sistema multilateral com vistas à garantir que não constituam um entrave abusivo ao comércio de terceiros Estados com os membros dos acordos regionais.

As regras de origem são instrumentos de determinação da origem de bens para fins de aplicação tarifária em um determinado território, objetivando, portanto, evitar que preferências ou restrições devidas ao comércio de um bem sejam burladas por meio da adulteração da origem do produto importado (MOTA, 2005, p. 568).

Contudo, as regras de origem têm exigido uma preocupação legítima por parte dos negociadores e participantes do comércio internacional, pois costumam atuar como instrumentos de proteção disfarçada a determinados setores, pois podem onerar insumos intermediários importados ao bloco, afetando a relação de preços e a competitividade entre produtos no interior do bloco.

De toda monta, resta claro que as necessárias iniciativas multilateralizantes devem promover uma harmonização das regras de origem, havendo aqui a oportunidade para que a OMC retome seu papel central na negociação das regras do comércio internacional.

No que se refere ao segundo elemento, cumulação é um termo técnico que designa o sistema pelo qual países que possuem as mesmas regras de origem permitam que produtos originados em um primeiro país sirvam de insumos a serem processados e/ou adicionados em um outro país, sem que isso afete o status do produto final como originário do segundo país.

São, assim, instrumentos adotados em complementariedade

às regras de origem, objetivando corrigir eventuais distorções das regras de origem no fluxo concreto do comércio internacional de bens manufaturados, e permitindo uma flexibilização necessária na aplicação das regras de origem.

Retomando o raciocínio de Baldwin, o autor identifica que a existência de um emaranhado complexo de Acordos Regionais, síndrome do *spaguetti bowl*, se caracteriza também pela existência de regras de cumulação bilateral, ao passo que essas permitem uma aplicação mais restritiva dos sistemas de regras de origem e a conseqüente distorção do padrão de consumo de insumos intermediários (BALDWIN, 2006, p. 1481).

Assim, resta claro que um dos aspectos das medidas de multilateralização é a substituir a cumulação bilateral pelos demais tipos de cumulação, quais sejam a cumulação bilateral, a diagonal e a total:

In bilateral cumulation, the use of the partner country components is favored; in diagonal cumulation, all the beneficiary trading partners of the cumulation area are favored. Full cumulation is more liberal than diagonal cumulation by allowing a greater use of third-country materials. However, it is rarely allowed in RoO regimes (ESTEVADEORDAL; SUOMINEN, 2004, p. 6).

Diante das maiores complexidades da cumulação completa, o autor propõe, portanto, a adoção de cumulação diagonal, como modo de impedir que as regras de origem exerçam influência nas escolhas de fornecedores entre os Estados membros da zona de cumulação, e os permitam, portanto, realizar a escolha mais eficiente. Nessa questão novamente há espaço para a coordenação pelo sistema multilateral de comércio.

Para basear empiricamente suas proposições, Baldwin cita duas experiências históricas como exemplos de multilateralização do regionalismo: o Sistema Pan-Europeu de Cumulação (*Pan-European Cumulation System* - PECS) e o Acordo de Tecnologia da Informação (*Information Technology Agreement* – ITA).

O Sistema Pan-Europeu de Cumulação (PECS) foi formulado em 1997, como instrumento para sanar os malefícios oriundos de uma variedade de regras de origem e de cumulação desconexas, pertencentes a um emaranhado de Acordos Preferenciais dos quais a UE fazia parte, efeitos colaterais da síndrome do spaguetti bowl.

A União Europeia promoveu, então, através da constituição do PECS duas mudanças principais: (1) a harmonização de regras de origem, para evitar os custos de preencher os requisitos de documentação de diferentes sistemas de origem; e (2) a permissão de cumulação diagonal, que amplia as fontes de insumos para aquelas localizadas em toda a área do PECS sem ameaçar o status do produto final como originário da União (GASIOREK; AUGIER; LAI-TONG, 2009, p. 155).

Por sua vez, o Acordo de Tecnologia da Informação (*Information Technology Agreement* – ITA), que é objeto de análise mais detida neste trabalho, foi um acordo plurilateral relativo ao mercado de tecnologia da informação, que se encontrava em um contexto de liberalizações unilaterais, regionais e multilaterais. A partir da iniciativa de um grupo de membros da Organização Mundial do Comércio, esta temática foi multilateralizada à participação dos demais.

4 O INFORMATION TECHNOLOGY AGREEMENT COMO EXPERIÊNCIA HISTÓRICA DE MULTILATERALIZAÇÃO

Inserido na proposição de multilateralização do regionalismo, o Acordo de Tecnologia da Informação (ITA) é indicado como um exemplo da possibilidade de tal fenômeno, e em especial da coordenação dessa iniciativa por parte da OMC.

O mercado de tecnologia da informação se encontrava envolto por um emaranhado de liberalizações unilaterais, regionais e multilaterais, entretanto a cumulação bilateral e regras de origem não-harmonizadas afastavam o setor da situação real de livre comércio.

Em 1996, contudo, as principais economias produtoras se encontraram sob os auspícios da OMC, o que resultou na assinatura do ITA. O ITA possui características distintivas e é considerado um sucesso de normatização setorial, vez que estabeleceu tarifas zero em ampla cobertura de produtos estabelecidos previamente, sob o Princípio da Nação Mais Favorecida, e com cronograma de reduções previamente acordado e implementado (MANN; LIU, 2009, p. 182).

O ITA surgiu, primeiramente, como iniciativa dos EUA, tendo havido posterior apoio de *players* como a UE e Japão, e possuía como claro objetivo o estabelecimento do livre comércio no setor. De fato, o Acordo previa que somente entraria em vigor caso os signatários completassem uma fatia de 90% do comércio mundial no setor, o que veio a ser atingido em 1997 com mais algumas ratificações.

Segundo Baldwin, teria havido uma situação de efeito dominó, que poderia ser implementada em demais setores:

Just as with PECS, the ITA created a domino effect as smaller nations signed up to the ITA as a means of boosting the attractiveness of their nation to foreign IT producers. A steady stream of WTO members has signed the ITA; there are now 63 signatories which account for about 97 percent of world IT trade (BALDWIN, 2006, p. 1485)

Assim como a inversão no jogo de interesses dos produtores tende a pressionar por uma homogeneização e relaxamento nas regras de origem, Baldwin tira da experiência do ITA a conclusão de que liberalizações multilaterais setoriais promovidas pelos principais *players* do comércio internacional criam um efeito dominó que incentiva os demais a participarem da iniciativa multilateralizante.

O autor destaca, portanto, a previsão de existência de três grandes polos de emaranhados de Acordos Regionais – a partir da Europa, América do Norte e Ásia - para afirmar que pode haver uma tendência semelhante ao ITA em outros setores, na qual as forças políticas de seus epicentros pressionariam pela celebração de acordos de liberalização setorial multilateral.

E assim, a tendência à inversão dos interesses políticos e à posterior multilateralização seria processo capaz de levar a ordem econômica ao livre comércio, a partir do protagonismo destes três epicentros, e o exercício de seu papel como *building blocks*.

Embora tenha um caráter especulativo, o ITA pode ser apontado como um precedente de sucesso na multilateralização, como resultado próprio dos interesses econômicos de seus produtores em usufruir da liberalização não-discriminatória, vez que todo membro da OMC pode usufruir da eliminação de tarifas.

Entretanto, Mann e Liu (2009, p. 183) após realizar estudo focado no Acordo, destacam a existência de certas especificidades dos produtos do mercado de tecnologia da informação que tornaram o ITA uma iniciativa de sucesso, mas que não necessariamente estariam presentes em outros setores - tais como suas elasticidade-preço e elasticidade-rendimento, sua grande contribuição para o aumento de produtividade nas

economias e grande dependência da cadeia internacional de fornecedores.

Os autores concluem, portanto, que embora seja um bom legado como ponto de partida para a discussão e o desenvolvimento de outras iniciativas no âmbito da OMC, estes fatores que o diferenciam tornam o ITA uma experiência *sui generis*, sem garantia de sucesso para experiências posteriores cujos mercados tenham características distintas (MANN; LIU, 2009, p. 213).

É explícito, ainda, que os dois exemplos de multilateralização do regionalismo trazidos à baila pelo seu entusiasta se contrastam quanto ao papel da OMC. Se o ITA foi resultado de negociações conduzidas na sistemática da OMC, o PECS foi concebido, negociado e implementado por uma das hegemônias do comércio internacional, a União Europeia.

Embora não seja possível generalizar a partir destas duas experiências, a perspectiva de interpretação explicitada por Baldwin caminha no sentido de que o envolvimento da OMC no ITA tenha produzido uma multilateralização do regionalismo de maneira muito mais aberta e menos hegemônica que no PECS (BALDWIN, 2006, p. 1488).

Por fim, de forma mais geral, a partir do paradigma de multilateralização sob análise, é possível indicar outras maneiras que possivelmente promoverão a multilateralização dos esquemas regionais, e o seu conseqüente aproveitamento pelo sistema multilateral de comércio.

Cita-se a esse respeito, as seguintes medidas que de modo geral possam contribuir para a concretude da multilateralização (BALDWIN; EVENETT; LOW, 2009, p. 81):

- (a) a expansão geográfica dos ARC, ou de um conjunto de medidas aplicadas;
- (b) a inclusão em ARC de disposições da regra da Nação Mais Favorecida no que tange a determinados setores e medidas;

- (c) regras acordadas em ARC que tornem na prática a discriminação indesejável ou inviável;
- (d) a inclusão de cláusula da Nação Mais Favorecida em relação a terceiros, que garantam aos signatários de Acordos existentes a manutenção dos seus benefícios quando da formação de ARC subsequentes;
- (e) a inclusão de disposições que previnam que ações permitidas sob a disciplina dos Acordos da OMC sejam consideradas tratamento discriminatório.

Tendo em vista as possíveis medidas de multilateralização apresentadas, a OMC é convidada a desempenhar relevantes funções neste contexto, como passamos a observar.

O posicionamento passivo da OMC diante da avalanche de Acordos Regionais observada nas últimas décadas gera preocupações, principalmente quanto à diminuição de sua credibilidade e protagonismo internacional. E isso tendo em vista, ainda, a sua real capacidade e oportunidade de desempenhar um papel essencial de vetor dos benefícios do regionalismo na liberalização multilateral. Nos dizeres de Baldwin (2006, p. 1488):

The WTO risks a serious erosion of its relevance if it continues in its 'innocent bystander' role. Moreover, the WTO is probably the only international organisation that is well-placed to help tame the tangle of free trade deals at the global level; it is probably the only international organisation that has a clear incentive to do so.

De fato, as principais questões envolvidas na multilateralização

de Acordos Regionais de Comércio consistem nas regras de origem e regras de cumulação, e suas possíveis consequências em terceiros países. São portanto questões altamente complexas, cuja compreensão exige conhecimentos econômicos e jurídicos extremamente técnicos.

É claro, a esse ponto, um primeiro papel que pode ser desempenhado pela OMC, na produção de pesquisas neutras que estudem melhor o impacto desses acordos e sua dinâmica no comércio internacional. Esse esforço pode auxiliar não somente os países menos desenvolvidos, mas de fato contribuir politicamente para um esforço de difusão do multilateralização do regionalismo entre os Estados, a partir de uma melhor compreensão de seus efeitos e identificação de questões críticas e implicações técnicas do processo.

Uma segunda questão é que a necessidade de harmonização das regras de origem ou ao menos do estabelecimento de regras mínimas comuns, se apresenta como uma excelente oportunidade para que a OMC promova a discussão entre os maiores *players* sobre a questão, e os convoque para negociação, na busca de acordos mutuamente benéficos.

Iniciativas regionais de harmonização de regras de origem, como a promovida pela UE na Europa e a promovida pelos EUA na América do Norte e Central, podem ser citadas como exemplos hegemônicos desse tipo de negociação.

Assim, o autor destaca, ainda, que embora as regras de origem em setores sensíveis sejam terrenos áridos politicamente, seria possível a negociação e o estabelecimento de *standards* internacionais para regras preferenciais de origem em áreas menos sensíveis.

A esse exemplo é citado que organizações como a *International Standards Organisation* (ISO) gerenciam com sucesso *standards* comuns em vários, mas não na totalidade de produtos, estabelecidas através de

mútuas negociações.

Ademais, o impacto da globalização sob o paradigma produtivo tende a desagregar as etapas de produção, criando maior número e diferenciação entre elas, o que contribui para aumentar os benefícios às empresas com a harmonização das regras de origem, vez que inverte a mesa sob a qual estão os jogos de interesse (BALDWIN, 2006, p. 1489).

Uma terceira função que pode ser desempenhada pela OMC, e que pressupõe as duas primeiras, trata-se do auxílio à países em desenvolvimento na constituição de Acordos Regionais que lhes sejam menos assimétricos e prejudiciais. Esta função se daria indiretamente, através de informações mais claras fornecidas pelo Secretariado e de negociações multilaterais, que aumentam os potenciais ganhos do grupo de países em desenvolvimento, se comparados com negociações bilaterais. Esse auxílio pode ser implementado também de maneira mais direta, através por exemplo da constituição de um centro de aconselhamento especificamente voltado às análises econômicas de Acordos Norte-Sul e Sul-Sul.

O exercício destes e de demais papéis correlatos na multilateralização do regionalismo pela OMC, como se tem demonstrado, é factível e pode ser essencial para que a organização mantenha seu protagonismo na ordem econômica internacional, ameaçado pelo regionalismo sem limites. Assim, além da geração de ganhos multilaterais com a tendência do regionalismo, será possível a diminuição da “lei da selva” nas relações do comércio internacional, não raro predominante nos arranjos regionais assimétricos.

5 RECENTE EXPANSÃO DO ITA

O Acordo de Tecnologia da Informação original foi celebrado em 13 de dezembro de 1996, por meio da “Declaração Ministerial sobre o Comércio de Produtos de Tecnologia da Informação”, na Conferência Ministerial de Singapura, sendo, assim, o primeiro acordo significativo de liberalização tarifária negociada na OMC após a sua criação, em 1995. O acordo entrou em vigor no ano seguinte de sua celebração, completando em 2017 duas décadas de sua entrada em vigor.

O Acordo de Tecnologia da Informação abarca uma extensa gama de produtos de alta tecnologia, tais como computadores, softwares, semicondutores, equipamentos de telecomunicações, instrumentos científicos e peças e acessórios de produtos de alta tecnologia. Este é um dos setores de maior e mais acelerado crescimento no comércio mundial, estimando-se que o comércio de tais produtos seja responsável por aproximadamente 10 por cento das exportações mundiais de mercadorias (WTO, 2015).

Segundo o Acordo, os participantes devem eliminar os direitos aduaneiros para os produtos especificados no Acordo. Há que se destacar, ainda, que como as concessões do Acordo estão incluídas nas programações de concessões dos participantes, a eliminação de tarifas ocorre com base na nação mais favorecida (NMF). Isto significa que, mesmo os países que não aderiram ao ITA podem se beneficiar das oportunidades comerciais geradas pela eliminação de tarifas ITA.

Em maio de 2012, tendo em vista que a evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas trouxe novas categorias de produtos de TI, os membros da OMC consideraram que a cobertura de produtos do ITA deveria ser expandida. Assim, em junho de 2012, alguns membros da OMC tomaram a iniciativa de instaurar negociações para a expansão da cobertura de produtos do ITA. Passou-se à criação de um grupo técnico

de trabalho que se reuniu informalmente em Genebra, e que comandou as negociações de expansão do âmbito dos produtos (WTO, 2015).

Após diversas sessões de negociações, em reunião de 24 de julho de 2015, a ampla maioria dos participantes concordou em expandir os produtos abrangidos pelo Acordo de Tecnologia da Informação, eliminando suas respectivas tarifas sobre uma lista adicional de 201 produtos. O acordo conta com a participação de diversos países asiáticos, como China, Taiwan, Tailândia e Coreia.

A recente expansão do ITA é justificada, segundo o Secretário geral da OMC, não somente pela intenção de eliminar tarifas e expandir o comércio desses produtos, mas trata-se também de um estímulo à inovação e desenvolvimento e expansão de novas tecnologias e sua disponibilização mais barata às comunidades, incrementando sua conectividade (WTO, 2017). Nesta linha de análise, para além dos objetivos comerciais da Organização, o ITA e sua recente expansão estariam contribuindo para um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, por meio da ampliação do acesso internet, reduzindo a distância digital existente entre os povos (WTO, 2017).

Estima-se que o comércio anual desses 201 produtos esteja avaliado em mais de 1,3 trilhões por ano, e representa cerca de 10% do comércio mundial de mercadorias (OSAKWE, 2015, p. 9; WTO, 2017). Assim, passou-se a abranger, por exemplo, uma nova geração de produtos tecnológicos, bem como equipamentos de navegação GPS, lentes óticas e certos equipamentos médicos.

De fato, outro benefício não econômico resultante da expansão do ITA é a ampliação do acesso e a diminuição dos custos de equipamentos médicos, o que pode ter um impacto positivo na saúde pública dos diferentes Estados ao redor do globo. Segundo dados da OMC, 4,8% da

exportação total de produtos com base na regulamentação do ITA II se refere à categoria dos equipamentos médicos (WTO, 2017, p. 72).

Quase todos os participantes já confirmaram a sua aceitação da nova lista de cobertura de produtos e juntos tais membros representam cerca de 90% do comércio mundial dos produtos incluídos por este novo instrumento (WTO, 2015).

Tendo em vista os termos do acordo, a maioria das tarifas serão eliminadas nos 201 produtos dentro de três anos, e as reduções se iniciaram em 2016.

O acordo prevê ainda outros compromissos, como a eliminação de barreiras não-tarifárias neste setor e a previsão de periódica revisão da lista de produtos abrangidos, tendo em vista evolução tecnológica futura. Acerca dos compromissos adicionais, no tocante à eliminação de barreiras não tarifárias, observa-se que o Acordo caminha na tendência recentemente identificada de tratamento de aspectos regulatórios, trazendo consigo os riscos de imposição de um modelo predominante que já satisfaça a interesses hegemônicos dos principais atores do sistema – EUA e União Europeia.

Contudo, é preciso lembrar que o Acordo original, agora denominado de ITA I, e a recente expansão, denominada ITA II, são acordos plurilaterais de natureza aberta (ICTSD, 2015). Isto é, embora não sejam acordos incluídos nos compromissos que vinculam todos os membros da OMC, mas somente aqueles que decidiram se vincular a ele, são acordos cujos benefícios são estendidos à amplitude dos participantes do comércio global, por meio do princípio da nação mais favorecida (CAPUCIO, 2015).

É relevante destacar, por fim, o papel paradigmático do ITA II como revelador da possibilidade de expansão do poder normativo do

sistema multilateral de comércio por meio de Acordos plurilaterais desta natureza. Assim, em caminho semelhante ao trilhado pelos membros para celebração de tal Acordo, está em fase de negociação o Acordo TISA (Trade in Services Agreement), que busca promover uma espécie de aceleração da liberalização em serviços aos membros que assim desejarem (PENG, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão do regionalismo gerou a necessidade de enfrentamento da reflexão acerca do papel dos acordos regionais de comércio na sistemática do comércio internacional na atualidade. Sendo esta uma realidade inelutável das relações comerciais internacionais, devem ser buscados instrumentos para a concretização dos benefícios da integração regional também em âmbito multilateral.

A teoria de multilateralização do regionalismo propõe um paradigma de compatibilização do regionalismo, convocando a Organização Mundial do Comércio para um papel mais ativo na temática do regionalismo. Um dos exemplos de concretização dessa teoria é o Acordo sobre Tecnologia da Informação, que sofreu recente expansão em seu escopo setorial e material.

A recente expansão do Acordo se preocupa também com os ganhos indiretos, uma vez que, para além dos ganhos diretos para a indústria de TI resultantes da eliminação dos direitos de importação, pode-se esperar que os demais agentes econômicos envolvidos, tais como investidores e comerciantes, também se beneficiarão com a redução ou eliminação de barreiras e com a expansão da previsibilidade e da segurança.

A previsão de um acordo aberto, isto é, com ampliação dos benefícios aos demais membros da OMC em função do princípio da nação mais favorecida, reforça a sua potencialidade em gerar benefícios econômicos em uma base não discriminatória, e pode se consolidar como um exemplo para a liberalização em outros setores.

Por outro lado, contudo, deve haver uma precaução cuidadosa no simples replicamento deste exemplo sem uma reflexão mais ampla. Isto pois os arranjos regionais contemporâneos se localizam como tentativa de expansão de modelos regulatórios, buscando preencher o espaço de regulamentação de temas deixados pela agenda multilateral.

Neste cenário, a decisão do Brasil de não participar desta iniciativa pode ser prejudicial ao país não sob a perspectiva de não de beneficiar de acesso a mercados ou de não ampliar o acesso de seu mercado aos produtos estrangeiros - o que poderia favorecer o consumidor nacional em uma perspectiva mais ampla – mas pela não inserção do país na negociação e implementação de parâmetros regulatórios que tendem a ser os dominantes no setor.

Há de se destacar, neste contexto, que está-se em face de uma considerável mudança no papel da OMC desde a sua criação. Tal instituição permanece como um dos pilares do comércio internacional, principalmente em função do seu sistema de solução de controvérsias e de seu arcabouço normativo, em relação ao qual não há retrocesso.

Contudo, sua capacidade de avançar no sentido de alcançar novos consensos e novos compromissos exige uma rearquitetura da relação entre as iniciativas preferenciais e o ambiente multilateral, em um contexto de governança econômica global em um sentido mais amplo.

REFERÊNCIAS

- BALDWIN, Richard. Multilateralizing regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade. **The World Economy**, Oxford, v. 29, n. 11, p. 1451-1518, 2006.
- BALDWIN, Richard. **21th Century Regionalism**: filling the gap between 21th century trade and 20th century rules. Geneva: World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2011. p. 23-25.
- BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon; LOW, Patrick. Multilateralizing Non-Tariff RTA Commitments. In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick. **Multilateralizing regionalism**: challenges for the global trading system. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Chapter 3.
- BERGSTEN, Fred. Open regionalism. **The World Economy**, Oxford, v. 20, n. 5, p. 545-565, ago. 1997.
- BHAGWATI, Jagdish. Preferential trade agreements: the wrong road. **Law and Policy in International Business**, Washington, v. 27, p. 865-90, 1996.
- CAPUCIO, Camilla. O princípio da nação mais favorecida e o sistema multilateral de comércio. In: PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CAPUCIO, Camilla. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 337-348, 2014.
- CEPAL. Regionalismo abierto: un examen del concepto a la luz de las experiencias de América Latina y Asia y el Pacífico. In: _____.

Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe. Santiago: Naciones Unidas, 2001. Cap. VII.

SUTHERLAND, Peter et al. **The future of the WTO:** Addressing institutional challenges in the new milenium. Geneva: WTO, 2004.

DEVLIN, Robert; ESTEVADEORDAL, Antoni. What's New in the New Regionalism in the Americas?, In: BULMER-THOMAS, Victor. (Ed.). **Regional Integration in Latin America and the Caribbean:** the political economy of open regionalism. London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001. Cap. 1.

ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati. **Rules of Origin:** a world map and trade effects. Washington: The World Bank, 2004. Disponível em: <<https://www.gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/1866.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2017.

FIorentino, Roberto; VERDEJA, Luis; TOQUEBOEUF, Christelle. **The changing landscape of regional trade agreements:** 2006 Update. Geneva: WTO, 2007. WTO Discussion Paper n. 12.

GASIOREK, Michael; AUGIER, Patricia; LAI-TONG, Charles. Multilateralizing Regionalism: Lessons from the EU Experience in Relaxing Rules of Origin. In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick. **Multilateralizing regionalism:** challenges for the global trading system. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. Cap. 4.

HOEKMAN, Bernard. KOSTECKI, Michel. **The Political Economy of the World Trading System:** from GATT to WTO. Oxford: Oxford University Press, 1995.

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.; SAPIR, André. **Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements.** Brussels: Bruegel, 2009. Bruegel Blueprint Series, v. VII.

ICTSD - INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **Trade negotiators clinch tentative deal to expand ITA Product List**. 2015. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/trade-negotiators-clinch-tentative-deal-to-expand-ita-product-list>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

JENSEN-MORAN, Jeri. Choice at the crossroads: regionalism and rules of origin. **Law and Policy in International Business**, Washington, v. 27, n. 4, p. 981-989, 1996.

KRISHNA, Kala. **Understanding Rules of Origin**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2005.

MANN, Catherine; LIU, Xuepeng. The Information technology agreement: sui generis or model stepping stone? In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick. **Multilateralizing regionalism: challenges for the global trading system**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Chapter 5.

MOTA, Pedro Infante. **O Sistema GATT/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

OSAKWE, Chiedu. Multilateral trading system: why the wto remains indispensable? **Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy**, v. 10, p. 1-25, 2015.

PENG, Shin Yi. Is the Trade In Services Agreement (Tisa) a Stepping Stone for the next version of GATS? **Hong Kong Law Journal**, **Hong Kong**, v. 43, p. 611-632, 2013.

BADIN, Michelle Raton Sanchez. **Compromissos assumidos por grandes e médias economias em acordos preferenciais de**

comércio: o contraponto entre União Europeia e Estados Unidos e China e Índia. Brasília: IPEA, 2012. Texto para Discussão No. 1700.

SCHOTT, Jeffrey J. **The Future of the multilateral trading system in a multi-polar world**. Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik - DIE, 2008.

THORSTENSEN, Vera. O multissistema da regulação do comércio global: proposta de novo referencial teórico e nova metodologia de análise. **Revista Tempo do Mundo**, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, v. 3, n. 1. p. 89-115, 2011.

THORSTENSEN, Vera et al. **A multiplicação dos acordos preferenciais de comércio e o isolamento do Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/51d18e9168afa9d0.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Information technology agreement: an explanation**. 2015. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/inftec_e/itaintro_e.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **20 Years of the information technology agreement**. Boosting trade, innovation and digital connectivity. Geneva: WTO, 2017. 44

Como citar: CAPUCIO, Camilla; KALLAS E CAETANO, Fernanda de Araújo. O Acordo da OMC sobre Tecnologia da Informação (ITA) e sua expansão (ITA II): multilateralização do regionalismo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p. 283-313, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p283. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 13/08/2017

Aprovado em: 19/11/2017

RESENHAS / REVIEWS

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Capítulo 3. pp. 85-120.

ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS BETWEEN RULES AND PRINCIPLES

Fernano Simões Garcia¹
Renata Vieira Meda²

Como citar: FERRER, Alexandre de Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico: necessidade de uma postura de juiz hércules dworkiniano. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.314-317, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p314. ISSN: 2178-8189

Resumo: A presente resenha tem por finalidade compreender, de maneira global, a problemática presente no Capítulo 3 de Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy. Assim, fez-se uma abordagem compreensiva dos principais conceitos que orbitam à volta do problema da colisão de princípios, além de se destacar os principais pontos da argumentação construída no mencionado Capítulo.

Palavras-chave: Regras. Princípios. Colisão entre princípios. Ciência do direito. Filosofia do direito.

¹ Graduado em Direito em 2017 pela Faculdade de Ensino Superior Dom Bosco (FDB).
Email: fsimoesgarcia@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Mestre em Direito Negocial em 2014 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Especialista em Direito Público em 2011 pela Universidade Anhanguera – Uniderp (UNIDERP).
Graduada em Direito em 2006 pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).
Email: renatavieirameda@gmail.com

Abstract: The purpose of this overview is to understand, in a comprehensive way, the problematic of chapter three of Robert Alexy's 'A Theory of Constitutional Rights'. Thus, it makes a comprehensive approach to the main concepts surrounding the problem of the collision of principles, as well as highlights the main points of the argumentation built in the aforementioned chapter.

Keywords: Rules. Principles. Collision between principles. Science of law. Philosophy of law.

O tema tratado pelo autor propõe estruturar a definição da norma de direito fundamental. Como pressuposto, divide a norma jurídica em dois grupos a que confere naturezas distintas: as regras, que têm razão de aplicabilidade imediata, e os princípios, que são configurações semânticas abertas, cuja razão é tão somente *prima facie*. As diferenças entre regras e princípios e a análise da estrutura jurídica dos princípios é a preocupação e o guia desse capítulo.

A proposta do autor parte-se da premissa de que princípios e regras diferenciam-se qualitativamente. Aquilo que define um e outro não é, como defendem alguns autores, tão somente o grau de generalidade dos princípios. Há um critério formal que os distingue com precisão. O autor aponta que os princípios são satisfeitos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ainda são mandamentos de otimização, os quais a obediência está limitada pelas exigências do caso concreto. Por outro lado, as normas são determinações de comando às quais ou há ou não obediência. Não se obedece à determinação de uma regra apenas pela metade; todo o conteúdo semântico da regra deve ser satisfeito.

Esclarecidos esses pressupostos, Robert Alexy estabelece o

funcionamento da colisão entre princípios. Em relação às regras, quando há contradição entre elas basta declarar a invalidade de uma para que a outra seja aplicada ao caso concreto. Não é assim, entretanto, quanto aos princípios: a tensão entre eles é solucionada de outra forma. Princípios têm conteúdo de valor, são axiológicos. O choque entre eles é resolvido por um “sopesamento de interesses”. Embora tenham o mesmo nível de importância quando considerados isoladamente, princípios conflitantes têm pesos diferentes quando dispostos nas determinações de um caso concreto. Isto posto, o autor oferece dois exemplos: no primeiro, o acusado, que corria risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto, declarou, em função desse problema de saúde, incapacidade para participar de audiência processual. Logo, foram postos em colisão, de um lado, o princípio que exige o cumprimento devido das etapas do processo, e por outro lado, aquele princípio que garante os direitos mais básicos do acusado. Nasceu uma “situação de tensão” entre os dois interesses tutelados, cada um sem precedência absoluta sobre o outro, protegidos pelas leis alemãs. Em um primeiro momento, identifica-se que a vitória de um interesse viola a pretensão do outro, sem, no entanto, o extinguir do ordenamento jurídico.

Analisando esse caso, o autor conclui, pela configuração de uma forma de resolução de conflitos entre princípios, que não há precedência absoluta entre eles. Isso quer dizer que, numa relação incondicionada, um princípio não tem precedência sobre outro, entretanto, as condições de uma situação concreta criam precedência e conferem a um princípio peso maior do que a outro.

Assim, na colisão entre princípios de igual envergadura, a solução repousa em seu sopesamento, pelo qual, diante da relatividade na aplicação destes, seria possível, diante do caso concreto, verificar

qual dos interesses teria maior peso e deveria se sobressair em relação ao outro. Assim, emerge a teoria da máxima da proporcionalidade como uma tentativa de garantir a racionalidade desse procedimento. Para o autor, a teoria da máxima da proporcionalidade deve respeitar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação, sendo os três pilares da estrutura analítica do sopesamento, ou teoria da ponderação, esta proposta por Dworkin.

Como visto, não há outro modo de resolver um conflito entre princípios que não através do sopesamento, o qual não elimina um dos princípios do ordenamento jurídico, mas faz com que, sob aquelas condições específicas, um prevaleça sobre o outro. A solução, portanto, é a da proporção entre os interesses protegidos pelos princípios.

Nessa breve análise, Robert Alexy nos oferece importante esclarecimento sobre a natureza da norma jurídica, sobre os mecanismos pelos quais se aplicam os princípios jurídicos e sobre o papel do direito fundamental dentro da Ciência do Direito, para a sua devida aplicação.

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.
